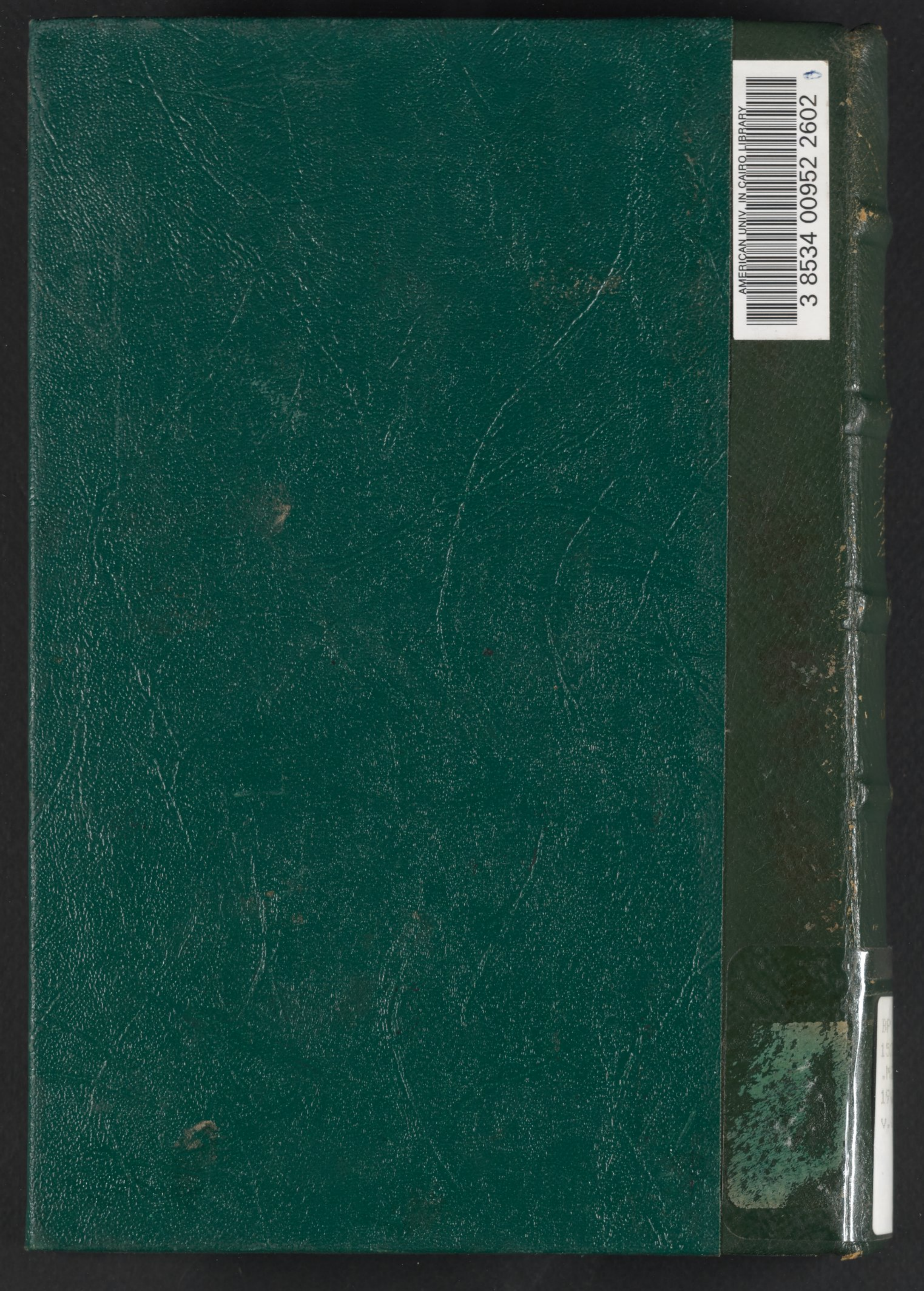
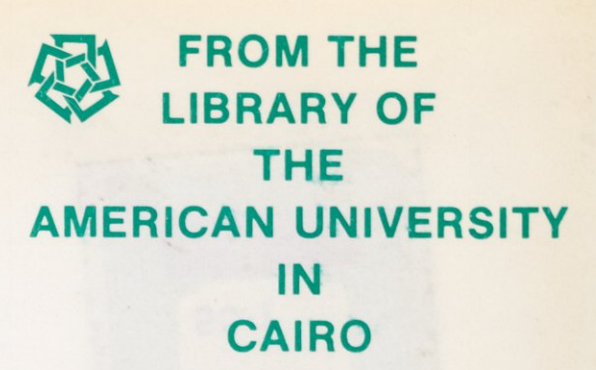




﴿ نسألك الهداية لتتميم الهداية ﴾

الجـــزء الثاني

من كتاب الهداية شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام
برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى
سنة ٥٩٣ فى الفقه على مذهب الامام الاعظم
أبى حنيفة النعمان رحمهما الله
ونفعنا بهما
آمين



(الطبعة الاولى)

﴿ بالمطبعة الخيرية ﴾

لمالكها ومديرها السيد عمر حسين الخشاب ونجله

سـنة ١٣٢٦

هجريه

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿باب طلاق المريض﴾

(واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله لاترث فى الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لايرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها فى مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لان النكاح في العدة يبقى فى حق بعض الآثار فجاز ان يبقى فى حق ارثها عنه بخلاف مابعد الانقضاء لانه لاامكان والزوجية فى هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به (وان طلقها ثلاثا بامرها أو قال لها اختارى فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه) لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاورثته لان الطلاق الرجعى لايزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها (وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوزاقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا) الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ماأوصي وما أقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولي انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتي جاز له ان يتزوج أختها فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهى سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولاعدة فى المسئلة الاولى ولابى حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق

لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدةليبرها الزوج بمالهزيادةعلى ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة فى قدرالميراث فصححناه ولامواضعة عادة فى حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال (ومن كان محصورا أوفي صف القتال فطلق امرأته ثلاثالم ترثه وان كان قد بارز رجلا أوقدم ليقتل فى قصاص أورجم ورثت ان مات في ذلك الوجه أو قتل) وأصله ماينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لايقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو فى معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لايثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز أوقدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على انه لافرق بين ماذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذاجاء رأس الشهر أواذا دخلت الدار أو اذا صلي فلان الظهر أو اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا فيقوله اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الاجنبي أو بفعل نفسهأو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق فى الصحة والشرط فيالمرض أوكلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ماان كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو بفعل الاجنبيبان قال اذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فانكان التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرارقد تحقق منه بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترثوقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكمالاقصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه وأما الوجه الثالث وهو ماذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط في المرض أوكانا فى المرض والفعل مما له منه بدأولا بد له منه فيصير فارا لوجودقصد الابطال اما بالتعليق أوبمباشرةالشرط في المرض وان لم يكن له من فعل

الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ماذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لا بد لها منه كاكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباسرة لمالها في الامتناع من خوف الهلاك فى الدنيا أو في العقبي ولا رضا مع الاضطرار واما اذا كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض فان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لاميراث لها وان كان مما لابد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ماتعلق حقها بماله وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال (واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمه الله ترث لانه قصد الفرار حين أوقع فى المرض وقد مات وهى في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لاحق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرض موته وهي فى العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت أهلية الارث اذ المرتد لايرث أحدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ماأبطلت الاهلية لان المحرمية لاتنافى الارث وهو الباقى بخلاف ماذا طاوعت فى حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلاقات الثلاث لاتثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن فى المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لاترث وان كان القذف فى المرض ورثته في قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هى ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وان آلى من امرأته وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء أيضا في المرض ورثت) لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال رضى الله تعالى عنه (والطلاق الذى يملك فيه الرجعة ترث به فى جميع الوجوه) لما بينا انه لايزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال (وكل ماذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي فى العدة) وقد بيناه

(باب الرجعة)

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت

بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولابد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك ألا ترى انه سمي امساكا وهو الابقاء وانما يتحق الاستدامة فى العدة لانه لاملك بعد انقضائها (والرجعة ان يقول راجعتك أوراجعت امرأتى) وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال (أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لاتصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا فى حق الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فى العدة فلوكان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال (ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعي فى أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه فى حالة البقاء كما في الفيء فى الايلاء الا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجرى التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كيلا تقع في المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها فى العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها) لانه أخبر عما لايملك انشاءه فى الحال فكان متهما الا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وقد مر فى كتاب النكاح (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هى باقية ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لاتثبت به (واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى) لان بضعها مملوك له فقد أقر بما هو

خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة (وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لانها أمينة في ذلك اذهي العالمة به (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتي تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة كامل) لان الحيض لامزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضى وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لايتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لاتتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو انقطعت) قال رضى الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو أن تبقى لان حكم الجنابة والحيض لايتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لايتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله هو بمنزلة ما دون العضو لان فى فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش

وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب منه جعل واطئا واذا ثبت الوطء تأكد الملك
والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى انه يثبت
بهذا الوطء الاحصان فلان تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق
لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى
سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه
فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر
المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول (فان راجعها) معناه بعد
ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة)
لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطئا
قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله
فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت
بولد آخر فهي رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من
سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليه بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد
الثاني من علوق حادث منه فى العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان قال
كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد
الثاني رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق وصارت معتدة
وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني
بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار
مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجب العدة بالاقراء لانها حامل
من ذوات الحيض حين وقع الطلاق (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) لانها
حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا
(ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم
يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم
يطلقها فتطول عليها العدة (وليس له ان يسافر بها حتي يشهد على رجعتها) وقال زفر
رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن
من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الي المراجعة فاذا لم يراجعها حتي
انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب

الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتي يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع أخر عمله الي مدة اجماعا او نظرا له علي ما تقدم

(فصل فيما تحل به المطلقة) (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه فى اطلاقه (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين فى الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتي تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ماعرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لاتحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوي سعيد بن المسيب رضى الله عنه وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لاينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبي المراهق فى التحليل كالبالغ) لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو شرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه مابيناه وفسره فى الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الاول ومعني هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها أما لاغسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال (ووطء المولي أمته لايحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعدما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول فى نكاح صحيح اذ النكاح لايبطل بالشرط وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يفسد النكاح

لانه في معنى الموقت فيه ولايحلها على الاول لفساده وعن محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بيناه ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع فيجازي بمنع مقصوده كما في قتل المورث (واذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لايهدم ما دون الثلاث) لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة) لانه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا فى ادني هذه المدة وسنبينها في باب العدة

(باب الايلاء)

(واذا قال الرجل لامرأته والله لاأقربك أو قال والله لاأقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية (فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث (وسقط الايلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضى لانه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضى منابه في التسريح كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة (فان كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لانها كانت مؤقتة به (وان كان حلف على الابد فاليمين باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لايتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضى أربعة أشهر تطليقة أخرى) لان اليمين باقية لاطلاقها و بالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم و يعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى ان لم يقربها) لما بيناه (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقدمر من

قبل (واليمين باقية) لاطلاقها وعدم الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) اقول ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر ولان الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لايثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لاأقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لاأقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا) لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع (ولو قال والله لأقربك سنة الا يوما لم يكن موليا) خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لايمكنه القربان أربعة أشهر الا بشيء يلزمه وههنا يمكنه لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لاتصح مع التنكير ولا كذلك اليمين (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لأدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال (ولو حلف بحج أو بصوم أو صدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع (وان آلي من المطلقة الرجعية كان موليا من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية (ولو قال لاجنبية والله لاأقربك او انت على كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وان قربها كفر) لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه (ومدة ايلاء الامة شهران) لان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة (وان كان المولي مريضا لايقدر على الجماع أوكانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لاتجامع أوكانت بينهما مسافة لايقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء) وقال الشافعي رحمه الله لافيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لوكان

فيما كان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لايجازي بالطلاق (ولو قدر على الجماع فى المدة بطل ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال لامرأته انت على حرام سئل عن نيته فان قال أردت الكذب فهو كما قال) لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لايصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا (وان قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث) وقد ذكرناه فى الكنايات (وان قال اردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه أطلق الحرمة وفى الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله أعلم بالصواب

(باب الخلع)

(واذا تشاق الزوجان وخافا ان لايقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال أغني عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة (وان كان النشو زمن قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الي ان قال فلا تأخذوا منه شيأ ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها باخذ المال (وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ منها أكثر مما أعطاها) وفى رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلونا بدأو وجه الاخرى قوله عليه السلام فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس ما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك اذا أخذ والنشوز منه لان مقتضى ماتلوناه شيآن الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقى معمولا فى الباقي (وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد

البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال (وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر أو خنزيرا وميتة فلا شئ للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثانى الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شئ عليها لانها ماسمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لاوجه الى ايجاب المسمي للاسلام ولا الي ايجاب غيره لعدم الالتزام وبخلاف مااذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف مااذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم ومارضى بزواله مجانا اما ملك البضع فى حالة الخروج غير متقوم على مانذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلاحاجة الي ايجاب المال قال (وماجاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع) لان مايصلح عوضا للمتقوم أولي ان يصلح لغير المتقوم (فان قالت له خالعني على مافى يدى فخالعها ولم يكن في يدها شئ فلاشئ له عليها) لانها لم تغره بتسمية المال (وان قالت خالعنى على مافي يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شئ ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه (ولو قالت خالعني على مافى يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شئ فعليها ثلاثة دراهم) لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه (وان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح (واذا قالت طلقنى ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها لما طلبت الثلاث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم علي المعوض والطلاق بائن لوجوب المال (وان قالت طلقنى ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند أبى حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هى واحدة بائنة بثلث الالف) لان كلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات حتي ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أوعلي درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك

على ان لا يشركن بالله شيأ ومن قال لامرأته أنت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذ كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة (ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف أو على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ) لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله أنت طالق بالف) ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لى عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لايجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لاينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك الف فقبلت أوقال لعبده أنت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولاشيء عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذالم يقبلا (وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لايقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه (ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلاث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم) لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لايحتملان الفسخ من الجانبين لانه فى جانبه يمين ومن جانبها شرطها ولابى حنيفة رحمه الله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يمين حتي لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها في الطلاق (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على الف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه أما البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار

به اقرار بمالا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه (قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيهما الا ماسمياه وأبو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع أبي حنيفة رحمه الله في المبارأة لمحمد رحمه الله ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لاغيره ولابي يوسف رحمه الله ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه (ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لانه لا نظر لها فيه اذ البضع فى حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لايسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول أصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط (وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف علي الاب) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب أولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من أهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان (وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر) فان قبل الاب عنها فعلى الروايتين (وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف وأصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لاشئ عليها لانه يراد به عادة حاصل مايلزم لها

باب الظهار

(واذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولامسها ولا تقبيلها حتي يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الي ان قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا.

فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام (فان وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه السلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لايكون الاظهارا لانه صريح فيه (ولو نوي به الطلاق لايصح) لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به (واذا قال أنت على كبطن أمى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لايجوز النظر اليه (وكذا اذا شبهها بمن لايحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته أو عمته أو أمه من الرضاعة) لانهن في التحريم المؤبد كالام (وكذلك اذا قال رأسك على كظهر أمى أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدي كما بيناه في الطلاق (ولو قال أنت علي مثل أمى أو كامى يرجع الى نيته) لينكشف حكمه (فان قال أردت الكرامة فهو كما قال) لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية (وان قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت على حرام ونوى الطلاق (وان لم تكن له نية فليس بشيء) عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل علي الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولي وان عنى به التحريم لاغير فعند أبي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت به أدني الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به (ولو قال انت على حرام كامى ونوي ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار والوجهان بيناهما (وان قال انت على حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا أو ايلاء لم يكن الا ظهارا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى) لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بيناه غيران عند محمد رحمه الله اذا نوي الطلاق لايكون ظهارا وعند أبى يوسف رحمه الله يكونان جميعا وقد عرف فى موضعه ولابي حنيفة رحمه الله انه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من

أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة
ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر
منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا
من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتي يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب
لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه انتن على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) لانه
أضاف الظهار اليهن فصار كما اذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لان الحرمة
تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان
الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

(فصل في الكفارة) قال (وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين
فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال
(وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام
لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلابد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال
(وتجزىء في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير) لان اسم
الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي
رحمه الله يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله
كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن
من الطاعة ثم مقارنة المعصية يحال به الي سوء اختياره (ولا تجزى العمياء ولا المقطوعة
اليدين أو الرجلين) لان الفائت جنس المنفعة وهي البصر أو البطش أو المشي وهو المانع
اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتي يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدي
الرجلين من خلاف لانه مافات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين
من جانب واحد حيث لايجوز لفوات جنس منفعة المشي اذهو عليه متعذر ويجوز الاصم
والقياس ان لايجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز
لان أصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه سمع حتي لو كان بحال لايسمع أصلا بان ولد اصم
وهو الاخرس لايجزيه (ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين) لان قوة البطش بهما فبفواتهما
يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذى لايعقل) لان الانتفاع بالجوارح لايكون
الا بالعقل فكان فائت المنافع (والذي يجن ويفيق يجزئه) لان الاختلال غير مانع (ولا
يجزئ عتق المدبر وأم الولد) لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا (وكذا

المكاتب

المكاتب الذى أدي بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يجزئه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير لانهما لايحتملان الانفساخ فان أعتق مكاتبا لم يؤد شيأ جاز خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم والكتابة لاتنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق فى حق المحل بجهة الكتابة أولان الفسخ ضرورى لايظهر في حق الولد والكسب (وان اشتري أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى رحمه الله لايجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله (فان أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما) لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابى حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (وان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لانه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله اما عندهما الاعتاق لايتجزأ فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التى ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله) لان الاعتاق يتجزأ عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (واذا لم يجد المظاهر مايعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق) اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لايقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الايام منهى عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف رحمه الله لايستأنف لأنه لايمنع التتابع اذ لايفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا

ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم
ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به
فيستأنف (وان أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر
عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم) لانه لا ملك له فلم يكن من أهل
التكفير بالمال (وان أعتق المولى أو اطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من أهل الملك فلا
يصير مالكا بتمليكه (واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى فمن لم
يستطع فاطعام ستين مسكينا (و يطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو
شعير أو قيمة ذلك) لقوله عليه السلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل
مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر
وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة (فان أعطي منا من بر ومنوين من تمر
أو شعير جاز) لحصول المقصود اذ الجنس متحد (وان أمر غيره ان يطعم عنه من ظهاره
ففعل أجزأه) لانه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه
(فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) وقال الشافعي رحمه الله لا يجزئه الا
التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة
ولنا أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك
كما في التمليك أما الواجب في الزكاة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة
(ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه) لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز
الشعير ليمكنه الاستيفاء الي الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام (وان أطعم مسكينا
واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه) لان المقصود سد
خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في
الاباحة من غير خلاف وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل
لا يجزئه وقد قيل يجزئه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا
دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص (وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام
لم يستأنف) لانه تعالى ماشرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس
قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم
المشروعية في نفسه (واذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا لكل مسكين صاعا من بر لم يجزه
الا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزئه

عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أوفرق فى الدفع ولهما أن النية فى الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدني المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة بخلاف ماذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لاينوي عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام أربعة أشهر أوأطعم مائة وعشرين مسكينا جاز) لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة (وان أعتق عنهما رقبة واحدة أوصام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر رحمه الله لايجزئه عن أحدهما فى الفصلين وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل عن أحدهما بعد مااعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد ونظير الثانى اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز والله أعلم

باب اللعان

قال (اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لوكان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفى جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هى ممن يحد قاذفها لانه قائم فى حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة كما اذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش

الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به و يشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتي يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب (ولولا عن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي (فان امتنعت حبسها الحاكم حتي تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهى قادرة على ايفائه فتحبس فيه (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالي والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه (وان كان من اهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لايحد قاذفها) بان كانت صبية أومجنونة أوزانية (فلاحد عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الاحصان فى جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام أربعة لالعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذهو ليس من أهله (وصفة اللعان ان يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه يأتى بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه أقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب أن لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال (واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضى بينهما) وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يارسول الله فقال له امسكها فقال ان امسكتها فهى طالق ثلاثا قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) لان فعل القاضى انتسب اليه كما في العنين (وهو خاطب اذا أكذب نفسه) عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأبيد ولهما ان

الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان (ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضى نسبه والحقه بامه) وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر فى اللعان الامرين ثم ينفى القاضي نسب الولد ويلحقه بامه) لماروي أن النبي عليه السلام نفي ولد امرأة هلال بن امية عن هلال وألحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفى الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف رحمه الله ان القاضى يفرق ويقول قد الزمته أمه وأخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضى) لاقراره بوجوب الحد عليه (وحل له أن يتزوجها) وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك ان قذف غيرها فحد به) لمابينا (وكذااذا زنت فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها (واذا قذف امرأته وهي صغيرة أومجنونة فلا لعان بينهما) لانه لايحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وهذا لانه لا يعري عن الشبهة والحدود تندرئ بها (واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان بينهما) وهذا قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهو معني ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لايصح تعليقه بالشرط (فان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف القاضى الحمل) وقال الشافعى رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفي الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا أن الاحكام لاتترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي (واذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس) لان النفي يصح في مدة قصيرة

ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه أثر الولادة وله انه لامعنى للتقدير لان الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا مايدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التى ذكرناها على الاصلين قال (واذا ولدت ولدين فى بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثانى يثبت نسبهما) لانهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني (وان اعترف بالاول ونفى الثانى يثبت نسبهما) لما ذكرنا (ولا عن) لانه قاذف بنفى الثانى ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصاركما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

(واذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فان وصل اليها فبها والافرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك)هكذاروى عن عمروعلى وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما ولابد من طلبها لان التفريق حقها (وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لان فعل القاضى أضيف الى فعل الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعى رحمه الله هوفسخ لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لايحصل الا بها لانها لولم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة (ولها كمال مهرها ان كان خلا بها) فان خلوة العنين صحيحة (ويجب العدة) لما بينا من قبل هذا اذا أقر الزوج انه لم يصل اليها (ولو اختلف الزوج والمرأة فى الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هوالسلامة في الجبلة (ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هى بكراجل سنة) لظهور كذبه (وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لاحق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت) لانه لافائدة فى التاجيل (والخصي يؤجل كمايؤجل العنين)لان وطأه مرجو (واذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر اليها النساء فان قلن هى بكر خيرت) لان شهادتهن تأيدت بمؤيد

وهي البكارة (وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت) لتأيدها بالنكول (وان حلف لاتخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه) وقد ذكرناه (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح و يحتسب بايام الحيض و بشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه (واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لايوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولي وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله أعلم بالصواب

(باب العدة)

(واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض أولي اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا أو لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به (وان كانت ممن لاتحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية (وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن (وان كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق

منصف والحيضة لاتتجزأ فكملت فصارت حيضتين واليه أشار عمر رضى الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لاتحيض فعدتها شهر ونصف) لانه متجز فامكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لان الرق منصف (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها) لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التى في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج (واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الاجلين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ثلاث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابى يوسف رحمه الله ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح فى الوفاة الا انه بقي فى حق الارث لا فى حق تغير العدة بخلاف الرجعى لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتي ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لاترث من الكافر (فاذا اعتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وان اعتقت وهي مبتوتة أو متوفي عنها زوجها لم تنتقل عدتها) الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى (ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض فى الفرقة والموت) لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعى رحمه الله حيضة واحدة) لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضى الله

عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما في النكاح (واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الاحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهما الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطء هو السبب الموجب ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجري الوطأة الواحدة الاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لاتثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام

حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لانها امينة فى ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولي) لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثانى فاذا ارتفع بالطلاق الثانى ظهر حكمه كما لو اشتري أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي فى يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر رحمه الله لاعدة عليها أصلا لان الاولي قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا (واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية العدة) أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول أبي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان معتقدهم انه لاعدة عليها وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول أصح

(فصل) قال (وعلى المبتوتة والمتوفي عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها فلقوله عليه السلام لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الاعلى زوجها أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعى رحمه الله لا حداد عليها لانها وجب اظهار التأسف علي فوت زوج وفى بعهدها الي مماته وقد أوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روى ان النبي عليه السلام نهي المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة

النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لابعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما لغتان (ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفى الجامع الصغير الا من وجع) والمعني فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف والثانى ان هذه الاشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لايعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لابأس به (ولا تختضب بالحناء لما روينا (ولا تلبث ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لانه يفوح منه رائحة الطيب قال (ولا حداد على كافرة) لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال (وليس في عدة أم الولد ولافي عدة النكاح الفاسد احداد) لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة أصل (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لاتواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني أريد أن أتزوج وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه فى القول المعروف اني فيك لراغب وانى أريد أن نجتمع (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها) أما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد وأما المتوفي عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى أن يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتي لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لاتخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذى يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت

الذي تسكنه ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله (وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت) لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها أوخافت سقوط المنزل أو كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن أوثلاث لابد من سترة بينهما ثم لا بأس به) لانه معترف بالحرمة الا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها (وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت الى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلاثة أيام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولى أولم يكن) معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام أيضا لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج قال (الا ان يكون طلقها أومات عنها زوجها فى مصر فانها لاتخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد) لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففى العدة أولى

﴿باب ثبوت النسب﴾

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق في حالة العدة لجوازانها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها

بانقضاء

بانقضاء العدة وثبت نسبه)لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق و يحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وان جاءت لا كثر من سنتين كانت رجعة)لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا (والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين) لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن زوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا (واذاجاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام (الا ان يدعيه) لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة (فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتى به لاقل من تسعة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الي سنتين) لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو فى الدلالة فوق اقرارها لانه لايحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تأتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (و يثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها مابين الوفاة و بين السنتين) وقال زفر رحمه الله اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لايثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا أقرت بالانقضاء كما بينا فى الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه) لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار (وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت) لانالم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة (واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادتها رجلان أورجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهرا واعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد انه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابى حنيفة رحمه الله ان العدة تنقضى باقرارها

بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل أوصدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لاتشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لايراعى فيه الشرائط (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه (وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أوسكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه (فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه) لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لامن سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق) لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضي الله عنها الولد لايبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل (واقله ستة أشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي رحمه الله يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ماروينا والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لايهتدي اليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد

لاقل من ستة أشهر منـذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه) لانه فى الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق علي الشراء وفي الوجه الثانى ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الي أقرب وقته فلا بد من دعوة وهـذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليـه حـرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ماقبـله لانها لاتحل بالشراء (ومن قال لامتـه ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده) لان الحاجة الي تعيـين الولد و يثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع (ومن قال لغلام هو ابنى ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت انا امرأته فهى امرأته وهو ابنه يرثانه (وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لايكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد و بالوطء عن شبهة و بملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية و بكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت أم ولد فـلا مـيراث لهـا) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجـة في دفع الرق لافى استحقاق الميراث والله أعلم

باب الولد ومن أحق به

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجـين فالام أحق بالولد) لمـا روي ان امرأة قالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه انه ينزعه منى فقال عليه السـلام انت أحق به مالم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه أشار الصديق رضى الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسـل عنـدك ياعمر قاله حين وقعت الفرقة بينـه و بين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون (والنفقة على الاب) على ماذكر (ولا تجبر الام عليه) لانهـا عست تعجز عن الحضانة (فان لم تكن له أم فام الام أولى من أم الاب وان بعدت)لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات (فان لم تكن أم الام فام الاب أولى من الاخوات)لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السـدس ولانها أوفر شفقة للولاد (فان لم تكن له جـدة فالاخوات أولى من العمات والخالات) لانهن بنات الابوين ولهـذا قد من في المـيراث وفي رواية الخالة أولي من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالي ورفع أبو يه علي العرش انها كانت خالته (وتقـدم الاخت لاب وأم) لانها أشـفق (ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب) لان الحق لهن من قبل الام (ثم الخالات أولى من العمات)ترجيحا لقرابة الام (و ينزلن كما نزلنا الاخوات) معناه ترجيح ذات قرابتـين ثم قرابة الام (ثم

العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسـقط حقها) لما روينا ولا زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا و ينظر اليه شزرا فلا نظر قال (الا الجدة اذا كان زوجها الجد) لانه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبـة (ومن سـقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجيـة)لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيـه الرجال فاولاهم أقربهم تعصـيبا)لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصـغيرة لاتدفع الي عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة (والام والجـدة أحق بالغلام حتي يأكل وحده و يشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحـده) والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهـه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال واخـلاقهم والاب أقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والام والجدة أحق بالجارية حتي تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر و بعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدي وعن محمد رحمه الله انها تدفع الي الاب اذا بلغت حـد الشهوة لتحقق الحاجة الي الصيانة (ومن سوى الام والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حد اتشتهى وفى الجامع الصغير حتى يستغني) لانها لاتقدر على استخدامها ولهذا لاتؤاجرها للخدمة فلا يحصـل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليـه شرعا قال (والامـة اذا أعتقها مولاها وأم الولد اذا أعتقت كالحرة فى حق الولد) لانهـما حرتان أو ان ثبوت الحق (وليس لهما قبـل العتق حق في الولد) لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمـة المولي (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعـقل الاديان أو يخاف ان يألف الـكفر) للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده(ولا خيار للغلام والجارية)وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان النبي عليه السـلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه و بين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عليه السـلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام أو يحمل على ما اذا كان بالغا

(فصل) (واذا أرادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك)لما فيه من الاضرار بالاب (الا ان تخرج به الي وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزم المقام

فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربى به ذميا وان أرادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار فى الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق وقد ذكر فى الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا أصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت أما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب فى القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه نظر للصغير حيث يتخلق باخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق أهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) والاصل فى ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخى رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الي كفاية الموسرات فلا معني للزيادة وأما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما يوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه (وان امتنعت من تسليم

نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلافائت (وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله) لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين فى بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وان كانت صغيرة لايستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما فى المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة (وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين (واذا حبست المرأة فى دين فلا نفقة لها لان فوق الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبى يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن أبى يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هى المستحقة عليه ولوسافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا (وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن أبى يوسف رحمه الله انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لاتجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفى لفظ الكتاب مايشير اليه قال (وتفرض على الزوج النفقة اذاكان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه (ولاتفرض لاكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لانها تحتاج الى أحدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولا انه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا

ان

ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدني الكفاية وقوله فى الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهى قد تكتفى بخدمة نفسها (ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) وقال الشافعى رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضى منابه فى التفريق كما في الجب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر والاول أقوي في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضى فتستوفى في الزمان الثانى وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضي القاضى لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شئ لها الا أن يكون القاضى فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة مامضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على مامر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوي من ولاية القاضى بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه (وان أسلفها نفقة السنة) أى عجلها (ثم مات لم يسترجع منها شئ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى فهو للزوج) وهو قول الشافعى رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضى وعطاء المقاتلة ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع فى الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر أو مادونه لا يسترجع منها شئ لانه يسير فصار فى حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه

يباع فيها) ومعناه اذا تزوج باذن المولي لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولي فيتعلق برقبته كدين التجارة فى العبد التاجر وله ان يفدى لان حقها فى النفقة لافى عين الرقبة ولومات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحرامة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبوئها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على مامر فى النكاح ولوخدمته الجارية احيانا من غيران يستخدمها لاتسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد في هذا كالامة والله تعالي أعلم بالصواب

(فصل) (وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الاان تختار ذلك) لان السكني من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا أوجب حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لاتأمن على متاعها ويمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها (وان كان له ولد من غيرها فليس لها ان يسكنه معها) لمابينا ولو أسكنها فى بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل (وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولايمنعهم من النظر اليها وكلامها في أي وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم وليس له فى ذلك ضرر وقيل لايمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام لان الفتنة فى اللباث وتطويل الكلام وقيل لايمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفى غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح (واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضى في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذاعلم القاضى ذلك ولم يعترف به) لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر ان حق الاخذ لها لان لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو أنكر أحد الامرين لاتقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب فاذا ثبت فى حقه تعدي الي الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم أودنانير أوطعاما أوكسوة من جنس حقها أما اذا كان من خلاف جنسه لاتفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب

بالاتفاق

بالاتفاق أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عندهما فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه لايقضى على الغائب لانه لايعرف امتناعه قال (ويأخذ منها كفيلا) نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا و بين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لايؤخذ منهم الكفيل عند أبى حنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال (ولا يقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء) ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضى اعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لايجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية أولم يخلف فاقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لايقضي القاضى بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله يقضي فيه لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان أقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها

﴿فصل﴾ (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان أو بائنا) وقال الشافعى رحمه الله لانفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا أما الرجعى فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقنى زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولانه لاملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لاتجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ماذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه فانه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندرى صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة ورده

ايضا زيد ابن ثابت رضى الله عنه وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم (ولا نفقة للمتوفي عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الاترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعي فيه حتى لايشترط فيها الحيض فلاتجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيأ فشيأ ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا أن المرتدة تحبس حتي تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لاتحبس فلهذا يقع الفرق

(فصل) (ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما لايشاركه في نفقة الزوجة) لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب (وان كان الصغير رضيعا فليس على أمه أن ترضعه) لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لاتقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالي ولاتضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه أما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام علي الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال (ويستأجر الاب من ترضعه عندها) أما استئجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا أرادت ذلك لان الحجر لها (وان استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز) لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا فى المبتوتة في رواية وفى رواية أخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق في حق بعض الاحكام (ولو استأجرها وهى منكوحته أو معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (واذ انقضت عدتها فاستأجرها) يعنى لارضاع ولدها (جاز) لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية (فان قال الاب لا استأجرها

وجاء

وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية أورضيت بغيرأجر كانت هي أحق) لانها أشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها (وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أي بالزامه لما أكثر من أجرة الاجنبية على الزوج (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه) اما الولد فلا طلاق ماتلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفى جميع ماذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

(فصل) (وعلى الرجل ان ينفق على أبويه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه فى دينه) اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالي و يتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا الاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء لابمنزلة ابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته فى ماله أولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد) اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لايتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لايمتنع نفقة نفسه لكفره لايمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا فى الدين (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم وكذا لاتجب على المسلم نفقة أخيه النصرانى) لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق فى الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا فى الاعلى أصل العلة وفى الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعني يشملهما (والنفقة لكل ذى رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت

امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى) لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غنى بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لا يفاء حق مستحق قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار قال العبد الضعيف هذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن رحمه الله وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتي وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفى غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتي تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر أهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) لبطلان أهلية الارث ولابد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذا لمصالح لاتنتظم دونها ولا يعمل فى مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة (واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (واذا باع أبوه متاعه فى نفقته جاز) عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا استحسان (وان باع العقار لم يجز) وفي قولهما لايجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لاولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك في حال حضرته ولا يملك البيع فى دين له سوى النفقة وكذا لاتملك الام في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب

ولاية

ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصى ذلك فالاب أولى لوفور شفقته و بيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها و بخلاف غير الاب من الاقارب لانه لاولاية لهم أصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال في يد أبويه وانفقا منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق (وان كان له مال فى يد أجنبى فانفق عليهما بغير اذن القاضى ضمن) لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب فى الحفظ لاغير بخلاف ما اذا أمره القاضى لان أمره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لايرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به (واذا قضي القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لاتجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضي بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضي قال (الا أن يأذن القاضى بالاستدانة عليه) لان القاضى له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده) لقوله عليه السلام فى المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم اطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله (فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا) لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك (وان لم يكن لهما كسب) بان كان عبدا زمنا أو جارية لايؤاجر مثلها (اجبر المولى على بيعهما) لانهما من أهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوانات وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن أبى يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلنا والله أعلم

﴿ كتاب العتاق ﴾

(الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام أيما مسلم اعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار) ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة

الاعضاء بالاعضاء قال رضى الله عنه (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه)شرط الحرية لان العتق لايصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبى ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لايملكه الولى عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وأنا صبى فالقول قوله وكذا لو قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرالوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبى كل مملوك أملكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتي لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لاعتق فيما لايملكه ابن آدم (واذا قال لعبده أو أمته أنت حرا ومعتق أو عتيق أو محرر أوقد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أولم ينو) لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان فى الاخبار فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية للحاجة كما فى الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به الاخبار الباطل أو انه حر من العمل صدق ديانة) لانه يحتمله (ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له ياحر ياعتيق يعتق) لانه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما أخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الااذا سماه حرا ثم ناداه ياحر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو مالقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذاعكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف (وكذالوقال رأسك حر أووجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لامته فرجك حر) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر فى الطلاق (وان أضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء)وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان أضافه الى جزء معين لايعبر به عن الجملة كاليدوالرجل لايقع عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لى عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه أراد لاملك لى عليك لانى بعتك ويحتمل لاني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا الا بالنية قال رضى الله عنه (وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكى ولا سبيل لى عليك ولا رق لى عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفى السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد أطلقتك لانه بمنزلة قوله قد خليت سبيلك وهو المروى عن أبى يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين

من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لاسلطان لى عليك ونوي العتق لم يعتق)لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولي على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولوقال هذا ابنى وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله واذا كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاي أو يامولاى عتق) أما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثانى والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الي العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتى لما بينا ولو قال عنيت به المولي في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالي ولايصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر وأما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال ياحر ياعتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لايعتق في الثانى لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله ياسيدي يامالكى قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ماذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا (ولو قال يا ابنى أو ياأخى لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف فى المنادي استحضارا له بالوصف المخصوص كما فى قوله ياحر على مابيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لايمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو اختلق من ماء غيره لايكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر (ولو قال يا ابن لا يعتق)لان الامر كما أخبر فانه ابن أبيه (وكذا اذا قال يابنى أو يا بنية) لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما أخبر (وان قال لغلام لايولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا لا يعتق وهو قول الشافعى رحمه الله لهم انه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق أو قبل

ان تخلق ولابي حنيفة رحمه الله انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة فى المملوك سبب لحريته اما اجماعا أو صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية لازمة للبنوة فى المملوك والمشابهة في وصف لازم من طرق المجاز على ماعرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف مااستشهد به لانه لاوجه له فى المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ماذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وهو يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما أمكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا أبى أو امى ومثله لايولد لمثلهما فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لايعتق بالاجماع لان هذا الكلام لاموجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا فى الملك من غير واسطة ولو قال هذا أخي لايعتق في ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتى فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمي وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه فى النكاح (وان قال لامته انت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوي وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ماقال مشايخهم رحمهم الله له انه نوي مايحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتي كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ماهو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى مالا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات و بالاعتاق يحيا فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع و بالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول أقوي ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هودون حقيقته لاعما هو فوقه فلهذا امتنع

في المتنازع فيه وانساغ في عكسه (واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك فى الحرية (ولو قال ما أنت الاحر عتق) لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما فى كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لايعتق) لانه تشبيه بحذف حرفه (ولوقال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية فيه اذا لرأس يعبر به عن جميع البدن

(فصل) (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره والشافعي رحمه الله يخالفنا فى غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق والاستدلال به ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هى الق يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بينما اذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لايتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ أيضا وهو قولهما فلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهى اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالي أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الاعتاق من أهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الاهل فى المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل (وان أضاف العتق الى ملك أوشرط صح كما فى الطلاق) أما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات علي ما عرف في موضعه (واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق) لقوله عليه السلام فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق علي المسلم ابتداء (وان اعتق حاملا عتق

حملها تبعا لها) اذ هو متصل بها (ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لا وجه الي اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الي الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر منه لانه أدنى مدة الحمل قال (وولد الامة من مولاها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الام باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققه والزوج قد رضى به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضى به (وولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجح فيتبعها فى وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة والله تعالي أعلم

﴿ باب العبد يعتق بعضه ﴾

(واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله) وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعى رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذى هو ضعف حكمى وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابى حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك أو هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ماوراءه ضرورة عدم التجزى والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك فى بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة

المقصودة

المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنية لماضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد (واذا كان العبد بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعي العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق أو استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء أعتق وان شاء استسعي العبد والولاء بينهما فى الوجهين وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبتني على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثانى ان يسار المعتق لايمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما فى الثاني قوله عليه السلام فى الرجل يعتق نصيبه أن كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح في ثبوت انسان والقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغني لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقى اذ الاعتاق يتجزأ عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن علي العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقى أو يستسعى ان شاء والولاء للمعتق فى هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له فى الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضى دينا على المعتق اذ لاشئ عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى فى رقبة قد فكت

أو يقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الي الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى السعاية على احتباس المالية فلا يصار الي الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها فى شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا فى زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق فى حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لانه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين فى أحدشيئين لان يسار المعتق لايمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه (وان كانا معسرين سعى لهما) لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعي للمعسر منهما) لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقي موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لاعتق النصف وسعي لهما فى النصف الآخر وهذا عند أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى فى جميع قيمته) لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك علي أحدنا الف درهم فانه

لا يقضي بشئ للجهالة كذا هـذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحـدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الـكل والجهالة ترتفـع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التـذكر أو البيان ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار هل يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق (ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لان المقضى عليـه بالعتق مجهول وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر (ولا ضمان عليـه علم الآخر انه ابن شريكه أو لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا فى الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فى نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هـذا اذا اشتراه رجلان وأحـدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار هذا كما اذا كان العبد بين أجنبيين فاعتق أحـدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتي يخرج به عن عهدة الـكفارة عندنا وهذا ضمان افساد فى ظاهر قولهما حتي يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحـكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هـذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملـكه (وان بدأ الاجنبي فاشـترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب) لانه مارضى بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده (وهـذا عند أبي حنيفة رحمه الله) لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لاخيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشتري نصف ابنـه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يضمن اذا كان موسرا) ومعناه اذا اشتري نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيأ عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وهذا عند

أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك فى التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك فى الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر (واذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما انها أم ولد لصاحبه وانكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها) لهما انه لما لم يصدقه صاحبه وانقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا أقر المشترى على البائع انه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصرانى اذا أسلمت ولابى حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا أمر لازم لا يرتد بالرد

فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وان كانت أم ولد بينهما فاعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها)لان مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما انها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لايسقط تقومها كما في المدبر ألا ترى أن ولد أم النصرانى اذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع السعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع أما السعاية والاستخدام فباقيان ولابى حنيفة رحمه الله ان التقوم بالاحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى اسقاط التقوم وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفى أم ولد النصرانى قضينا بمكاتبتها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لايفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق أحد العبدين

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحد كما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحد كما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه) أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غيران الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثانى دائر بينه و بين الداخل وهو الذى سماه فى الكتاب آخرا فيتنصف بينهما غيران الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفيه فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لوأريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لايعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالاول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الي الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل

فيثبت فيه النصف قال (فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلابد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة و يسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل واحد منهما سهمان و يسعى في خمسة فاذا تأملت وجدت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج بحاله (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات (ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له انت حر بعد موتى عتق الآخر) لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احداهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ماقلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف رحمه الله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك (وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذا لو وطء احداهما لما نبين (ولو قال لامتيه احدا كما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق) لان الوطء لايحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا انه لايفتي به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوأة صيانة

للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلايدل على الاستبقاء (ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولدأولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد) لان كل واحد منهما تعتق في حال وهو مااذا ولدت الغلام أول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ماذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى فى النصف اما الغلام يرق فى الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود أولا وأنكر المولي والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول فى حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيأ والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولي خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة فى حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولي دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير و بهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى قال (واذا شهد رجلان على رجل انه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق (وان شهد انه طلق احدي نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن) وهذا بالاجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة فى العتق مثل ذلك) وأصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لاتقبل من غير دعوى العبد عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوي العبد شرطا عنده لاتتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهولة لاتتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوي اما في الطلاق فعدم الدعوي لايوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهد انه أعتق احدى أمتيه لاتقبل عند أبى حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لاتشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه أعتق أحد عبديه اما اذا شهدا انه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره فى صحته أو في مرضه واداء

الشهادة فى مرض موته أو بعد الوفاة تقبـل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنـه خلف وهو الوصى أو الوارث ولان العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته أحـد كما حر فقد قيل لاتقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع وهو الصحيح والله أعلم

باب الحلف بالعتق

(ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشتري مملوكا ثم دخـل عتق) لان قوله يومئـذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه أسقط الفعل وعوضـه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتي دخل عتق لما قلنا (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملـوك فى الحال الا انه لما دخـل الشرط على الجزاء تآخر الي وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الي وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامـل فولدت ذكرا لم يعتق)وهـذا اذا ولدت لستة أشهر فصاعـدا ظاهر لان اللفظ للحال وفى قيام الحمـل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمـل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من سـتة أشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنـين مملوك تبعا للام لامقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لايملك بيعـه منفردا قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل فيدخل الحمـل تبعا لها (وان قال كل مملوك أملكه فهو حر بعـد غدا وقال كل مملوك لى فهو حر بعد غـدوله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لان قوله أملكه للحال حقيقة يقال انا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يسـتعمل له من غـير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى مابعد الغد فلا يتناول مايشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مـدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث) وقال أبو يوسـف رحمـه الله في النوادر يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف ولا يعتق مااستفاد بعد يمينه وعلى هـذا اذا قال كل مملوك لى اذامت فهو حر له ان اللفظ حقيقـة للحال على مابيناه فلا يعتق به ماسيملكه

ولهذا صار هومدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال مايستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لايجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهى حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لى أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ماتقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما الايجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل ان يقول انت حر على ألف درهم أو بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لايملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ماعرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال (ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل ان يقول ان أديت الى ألف درهم فانت حر ومعني قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معني المعاوضة فى الانتهاء على مانبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة (وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لايجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لايتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لااستحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة

نظرا الى المقصود لانه ماعلق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتي كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر على المولي حتى لايمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى علي القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى الباقى ثم لوأدي ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولي عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان أديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا أديت لايقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متي (ومن قال لعبده انت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى مابعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا على ألف درهم بخلاف مااذا قال انت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لايجب المال لقيام الرق قالوا لايعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبدفعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته أربع سنين) اما العتق فلانه جعل الخدمة فى مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية فيه بناء علي خلافية أخري وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أوهلكت يرجع المولى علي العبد بقيمة نفسه عندهما و بقيمة الجارية عنده وهى معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك ولاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولي فصار نظيرها (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على ان تزوجنيهاففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شئ على الآمر) لان من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم على ففعل لايلزمه شئ و يقع العتق عن المأمور بخلاف مااذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم على ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل علي الاجنبي فى الطلاق جائز وفي العتاق لايجوز وقد قررناه من قبل (ولوقال أعتق

أمتك غنى على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة اداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء و بالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة و بطل عنه مالم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ماأصاب قيمتها سقط فى الوجه الاول وهى للمولى فى الوجه الثاني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها فى الوجهين

(باب التدبير)

(اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حرا وأنت حرعن دبر منى أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صارمدبرا) لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر (ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كما فى الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال أولي لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفى البيع وما يضاهيه ذلك قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لان الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات (فاذا مات المولي عتق المدبر من ثلث ماله) لماروينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الي وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعي فى ثلثيه وان كان على المولي دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم (وان علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر و يجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد فى الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت

وهو كائن لا محالة (فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه فى الغالب لانه كالكائن لا محالة

(باب الاستيلاء)

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه السلام اعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف فى حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا فى حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذى ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة (ولا يثبت نسب ولدها الا أن يعترف به) وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه أكثر افضاء أولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة (فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعد النكاح (الا أنه اذا نفاه ينتفى بقوله) لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها أولم يحصنها جاز له أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان أخريان عن أبى يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما فى كفاية المنتهى (فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم

أمه) لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الايرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق (والنسب يثبت من الزوج) لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذا لفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لايثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره و يعتق الولد وتصيرأمه أم ولد له لا قراره (واذا مات المولي عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام أمر بعتق أمهات الاولاد وان لايبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الي الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها فى دين المولى للغرماء) لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعي في قيمتها) وهى بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتي تؤدي السعاية وقال زفر رحمه الله تعتق فى الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابي فان أسلم تبقى علي حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمى لا نبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الي بدل ملكه اما لو اعتقت وهى مفلسة تتواني في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا يكفى لوجوب الضمان كما فى القصاص المشترك اذا عفا أحد الاولياء يجب المال للباقين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لانها أم ولد له ولو عجزت في حياته لاترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لايخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لانسب فيه للولد الى الزانى وانما يعتق علي الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشتري أخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب

اليه بواسطة نسبته الي الوالد وهى غير ثابتة (واذاوطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتهاوليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلهافى كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد (وان وطئ أب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب (ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقى ضرورة انه لايتجزأ لما ان سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لاينعلق من ماءين (وصارت أم ولد له) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما (وعندأبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم ينعلق شئ منه على ملك الشريك (وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة رضى الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما و يرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم وعن على رضى الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لايتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة ومالا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبى عليه السلام فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون فى نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به (وكانت الامة أم ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها

(وعلى

(وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر و يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة فى حقه (و يرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما فى النسب كما اذا اقاما البينة (واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف انه لايعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن (وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره (وقيمة ولدها) لانه فى معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولد له) لانه لاملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور (وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) لما بينا انه لابد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

(كتاب الايمان)

قال (الايمان على ثلاثة اضرب اليمين الغموس و يمين منعقدة و يمين لغو فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها) لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار (ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة والكفارة عبادة تتأدي بالصوم و يشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدا وما فى الغموس ملازم فيمتنع الالحاق (والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أولا يفعله واذا حنث فى ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ماذكرنا (واليمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوان لايؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغوان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو و الاصل فيه قوله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم الآية الا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال (والقاصد في اليمين والمكره والناسى سواء) حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن

فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقى لا ينعدم بالا كراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

﴿ باب ما يكون يمينا ومالا يكون يمينا ﴾

قال (واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا قال (الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا) لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا أى معلومك (ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا) وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة) لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال رضى الله عنه معناه أن يقول والنبى والقرآن أما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال(والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل ذلك معهود فى الايمان ومذكور في القرآن (وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا) لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له أى آمنتم به وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وعنه رواية أخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد (ولو قال اقسم أو اقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع و بغيره محظور فصرف اليه ولهذا

قيل لا يحتاج الى النية وقيل لابد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله (ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداى يكون يمينا) لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال رضى الله عنه (وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لان العهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد (وكذا اذا قال على نذرا ونذر الله) لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين (وان قال ان فعلت كذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا) لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول فى تحريم الحلال ولو قال ذلك لشئ قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضى بالكفر حيث اقدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلى غضب الله أو سخط الله فليس بحالف) لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان أو سارق أو شارب خمرا وآكل ربا) لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن فى معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

﴿ فصل في الكفارة ﴾

قال (كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها مايجزى في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه مايجوز فيه الصلاة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار) والاصل فيه قوله تعالي فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة قال (فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب فى بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد وعن أبي يوسف وأبي حنيفة رحمهما الله ان أدناه مايستر عامة بدنه حتى لايجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن مالا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة (وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) وقال الشافعى رحمه الله يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح

وانا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض (ثم لايسترد من المسكين) لوقوعه صدقة قال (ومن حلف على معصية مثل أن لايصلى أولا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرامنها فليأت بالذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لايكون معظما ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة (ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين) وقال الشافعى رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلاينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبيء عن اثبات الحرمة وقد أمكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعني من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه (ولو قال كل حل على حرام فهو علي الطعام والشراب الا أن ينوى غير ذلك) والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط عتباره ينصرف الي الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذاكله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغى فى قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست كيرم بروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف (ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء) لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي (وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لاطلاق الحديث ولان المعلق بشرط كالمنجز عنده (وعن أبى حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة أو صوم سنة أو صدقة مال املكه اجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي أيضا وهذا اذا كان شرطا لايريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى أي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى

لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح قال (ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لابد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين في الدخول والسكنى

(ومن حلف لايدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة او الكنيسة لم يحنث) لان البيت ماأعد للبيتوتة وهذه البقاع مابنيت لها (وكذا اذا دخل دهليزا اوظلة باب الدار) لما ذكرنا والظلة ماتكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لواغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة (وان دخل صفة حنث) لانها تبنى للبيتوتة فيهافى بعض الاوقات فصار كالشتوى والصيفى وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط او بعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح (ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولوحلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ماانهدمت وصارت صحراء حنث) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر (ولو حلف لايدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخري فدخلها يحنث) لماذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام (وان جعلت مسجدا اوحماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث) لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعدانهدام الحمام واشباهه لانه لايعود اسم الدارية (وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ماانهدم وصار صحراء لم يحنث) لزوال اسم البيت لانه لايبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه (وكذا اذابنى بيتاآ خرفدخله لم يحنث) لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال (ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث) لان السطح من الدار الاتري ان المعتكف لايفسداعتكافه بالخروج الي سطح المسجد وقيل في عرفنا لايحنث وهو اختيار الفقيه ابى الليث قال (وكذا اذادخل دهليزها) ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم (وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث) لان الباب لاحراز الداروما فيها فلم يكن الخارج من الدار قال (ومن حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتي يخرج ثم يدخل) استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لادوام له لانه انفصال من

الخارج الى الداخل (ولو حلف لايلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث) وكذا اذ حلف لايركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث اوحلف لايسكن هذه الدار وهوساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه (فان لبث على حاله ساعة حنث) لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لايقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه قال (ومن حلف لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث) لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق و يقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه لايعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لابد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى مابقي شئ منه وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل مايقوم به كدخدائيته لان ماوراء ذلك ليس من السكني قالوا هذا احسن وارفق بالناس و ينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لايبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال (ومن حلف لايخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث) لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت (ولو اخرجه مكرها لم يحنث) لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر (ولو حمله برضاه لا بامره لايحنث) في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا قال (ولو حلف لايخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث) لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج (ولو حلف لايخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لايأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا له

ولو

ولو حلف لايذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لايقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عني استطاعة القضاء دين فيمابينه وبين الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيمايقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لاتصح لانه خلاف الظاهر قال (ومن حلف لاتخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخري بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن فى كل خروج)لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل فى الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لاقضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) لان هذه كلمة غاية فينتهى اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك (ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث)وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره و وجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغد عندى فقال ان تغديت فعبدى حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث) لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الي الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا(ومن حلف لاير كب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث) عند ابى حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وان نوى لانه لاملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق اولم يكن عليه دين لايحنث مالم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله فى الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لايمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين فى الاكل والشرب

قال (ومن حلف لايأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لانه اضاف اليمين الى مالا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لايحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ (وان حلف لايأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لايأكل من هذا الرطب أومن هذا اللبن فصار تمرا اوصار اللبن شيرازا لم يحنث) لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى مايتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لايتكلم هذا الصبي اوهذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ لان هجر ان المسلم بمنع الكلام منهى عنه فلا يعتبر الداعى داعيا في الشرع (ولو حلف لايأكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ماصار كبشا حنث) لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الي اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش قال (ومن حلف لايأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث) لانه ليس ببسر (ومن حلف لايأكل رطبا او بسرا او حلف لايأكل رطبا ولابسرا فاكل مذنبا حنث عند ابى حنيفة وقالا لايحنث في الرطب) يعنى بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمي بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود فى الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولوحلف لايشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لايحنث) لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على الاكل يحنث)لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لايشتري شعيرا اولا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا قال(ومن حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لايحنث) والقياس ان يحنث لانه يسمي لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم فيه لسكونه فى الماء (وان اكل لحم خنزير اولحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام (وكذا اذا اكل كبدا أو كرشا) لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لايحنث لانه لايعد لحما قال (ولوحلف لايأكل اولايشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة

الا ترى انه يلنشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصـل به قوته ولهذا يحنث با كله في اليمين
على ا كل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هـذا بالعربية فاما اسم بيه
بالفارسـية لايقـع على شحم الظهر بحال (ولو حلف لايشترى اولا يأ كل لحما اوشحما
فاشتري الية او ا كلها لم يحنث) لانه نوع ثالث حتي لايستعمل استعمال اللحوم والشحوم
(ومن حلف لا يأ كل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أ كل من خبزها لم يحنث
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان ا كل من خبزها حنث ايضا) لانه مفهوم منه عرفا ولابى
حنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤ كل قضما وهي قاضية على المجاز
المتعارف على ماهو الاصـل عنده ولو قضمها حنث عند هما هو الصحيح لعموم المجاز كما
اذا حلف لايضـع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا قال (ولو
حلف لايأ كل من هذا الدقيق فأ كل من خبزه حنث)لان عينه غير مأ كول فانصرف الى
مايتخذ منه (ولواسـتفه كما هو لايحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مرادا (ولو حلف
لايأ كل خبزا فيمينه على مايعتاد اهل المصر ا كله خبزا) وذلك خبزا لحنطة والشعير لانه
هو المعتـاد في غالب البلدان (ولو ا كل من خبز القطائف لايحنث) لانه لايسمى خبزا
مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمل كلامه (وكذا اذا ا كل خبزا لارز بالعراق لم يحنث) لانه
غير معتاد عندهم حتي لو كان بطبرستان اوفى بلدة طعامهم ذلك يحنث (ولوحلف لايأ كل
الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق
الا ان ينوي مايشوى من بيض اوغيره لمكان الحقيقة (وان حلف لايأ كل الطبيخ فهو
على مايطبخ من اللحم)وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف
الي خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا
وان ا كل من مرقه يحنث لمـا فيـه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبخا (ومن حلف
لايأ كل الرؤس فيمينه على ما يكبس فى التنانير و يباع فى المصر) و يقال يكنس (وفى الجامع
الصغيرلو حلف لايأ كل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة) وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف فى زمنه
فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتي على حسب العادة كما هو المذ كور في المختصر
قال (ومن حلف لايأ كل فا كهـة فا كل عنبا او رمانا او رطبا او قثـاء او خيارا لم يحنث
وان ا كل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله حنث فى العنب والرطب والرمان ايضا)والاصل ان الفا كهة اسم لما يتفكه

به قبل الطعام و بعده اى يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتي لايحنث بيابس البطايخ وهذا المعني موجود فى التفاح واخواته فيحنث بها وغير موجود فى القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذي بها و يتداوي بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات قال (ولو حلف لايأتدم فكل شئ اصطبغ به فهوادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عندابي حنيفةوابي يوسف رحمهماالله وقال محمد رحمه الله كل مايؤ كل مع الخبز غالبا فهو ادام) وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الادام من الموادمة وهي الموافقة وكل مايؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام مايؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لايؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لايؤكل وحده بل يشرب والملح لايؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم ومايضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسابادام هو الصحيح (واذا حلف لايتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذاتسمى الظهراحدى صلاتى العشاء فى الحديث (والسحور من نصف الليل الي طلوع الفجر) لانه مأخوذ من السحر و يطلق على مايقرب منه ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة و تعتبر عادة اهل كل بلدة فى حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع (ومن قال ان لبست اوا كلت اوشربت فعبدى حر وقال عنيت شيئا دون شئ لم يدين في القضاء وغيره) لان النية انما تصح فى الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه (وان قال ان لبست ثوبا اوا كلت طعاما اوشربت شرابا لم يدين فى القضاء خاصة) لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء قال (ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عندابى حنيفة رحمه الله) وقالااذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته فى الكرع وهى مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا (وان حلف لايشرب من ماء دجلة فشرب منها

باناء حنث) لانه بعد الاعتراف بقى منسو با اليه وهو الشرط. فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة (ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يحنث في ذلك كله) يعنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البر عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لابد من تصور الاصل لينعقد فى حق الخلف ولهذا لاينعقد الغموس موجبا الكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ففى الوجه الاول لايحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفى الوجه الثانى يحنث في قولهم جميعا) فابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والمؤقت ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الافي آخر الوقت فلا يحنث قبله وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ماعقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما فى المؤقت فيجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور فلايجب البر فيه فتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة قال (ومن حلف ليصعد السماء اوليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) وقال زفر رحمه الله لاتنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد وانا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الاترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لايتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

قال (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث) لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه عامة مشايخنا لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته (ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن

له ولم يعلم بالاذن حق كلمه حنث) لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام او من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لايتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف لايحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على مامر قال (وان حلف لايكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ماوراءه فبقي الذى يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف مااذا قال والله لاصومن شهرا لانه لولم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه (وان حلف لايتكلم فقرأ القرآن في صلاته لايحنث وان قرأ في غير صلاته حنث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى رحمه الله لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شئ من كلام الناس وقيل فى عرفنا لايحنث في غير الصلاة ايضا لانه لايسمى متكلما بل قارئا ومسبحا (ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو علي الليل والنهار) لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لايمتد (وان عنى النهار خاصة دين فى القضاء) لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لايدين في القضاء لانه خلاف المتعارف (ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وماجاء استعماله في مطلق الوقت (ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان اوقال حتي يقدم فلان اوقال الا ان يأذن فلان اوحتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث) لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلايحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين (وان مات فلان سقطت اليمين) خلافا لابي يوسف رحمه الله لان الممنوع عنه كلام ينتهى بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين (ومن حلف لايكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه اوامرأة فلان اوصديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته اوعادي صديقه فكلمهم لم يحنث) لانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلايحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله يحنث كالمرأة والصديق قال فى الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلايشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ماذكرههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه

فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك (وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا اوامرأة فلان بعينها اوصديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد وحنث في المرأة والصديق وهذاقول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث في العبد ايضا) وهو قول زفر رحمه الله (وان حلف لايدخل دارفلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعى الى اليمين معنى فى المضاف اليه لان هذا الاعيان لاتهجر ولاتعادى لذواتهاوكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعني في ملاكها فتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعى لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ماتقدم قال (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) لان هذه الاضافة لاتحتمل الا التعريف لان الانسان لايعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه (ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذالصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على مامر من قبل

(فصل) قال (ومن حلف لا يكلمه حينا اوزمانا اوالحين او الزمان فهو على ستة اشهر) لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقديراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتى اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لايقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لايقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولوسكت عنه يتأبد فيتعين ماذكرناوكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال مارأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعني وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوي شيئا فهو على مانوى لانه نوي حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لاادري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال مارأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعني وابو حنيفة رحمه الله توقف فى تقديره لان اللغات لاتدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال (ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام) لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلاث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عندابي حنيفة رحمه الله وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لايكلمه الشهور فهو على

عشرة اشهر عنده وعندهما على أثنى عشرة شهرا لان اللام للمعهود وهو ماذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى مايذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف الى العمر لانه لامعهود دونه (ومن قال لعبده ان خدمتنى اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عندأبي حنيفة رحمه الله عشرة ايام) لانه اكثر مايتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان مازاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الي سبعة ايام لانه يذكر فيهابلفظ الفرد دون الجمع والله أعلم بالصواب

باب اليمين في العتق والطلاق

(ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة) لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة و يسمى به فى العرف و يعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه ام ولد له فتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حرفولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لايعتق واحد منهما)لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على مابينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهى الجزاء ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصداثبات الحرية جزاء وهى قوة حكمية تظهرفى دفع تسلط الغيرولاتثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه يصلح مقيدا (واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداعتق) لان الاول اسم لفرد سابق (فان اشتري عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد في الاولين والسبق فى الثالث فانعدمت الاولية (وان قال اول عبدأشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد به التفرد فى حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق فى هذا الوصف (وان قال آخر عبدأشتريه فهو حر فاشتري عبداومات لم يعتق) لان الآخراسم لفردلاحق ولاسابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند ابى حنيفة رحمه الله حتي يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات) حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى

هذا

هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدته تظهر في جريان حرمان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول (وان بشروه معا عتقوا) لانها تحققت من الكل (ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه (وان اشترى اباه ينوى عن كفارة يمينه اجزأه عندنا) خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهى القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لايشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه (ولو اشترى ام ولده لم يجزه) ومعني هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الي اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخري فلم يختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية (ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسري جارية كانت فى ملكه عتقت) لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة فى هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد (وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق بهذه اليمين) خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسرى لايصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر فى حق الشرط دون الجزاء حتى لوقال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لاتطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لى حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا (ولايعتق مكاتبوه الاان ينويهم) لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لايملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية (ومن قال لنسوة له هذه طالق اوهذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاولين) لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاولين

ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدا كما طالق وهذه (وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير) وله الخيار فى الاولين لما بينا والله اعلم بالصواب

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

(ومن حلف لايبيع او لا يشترى او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد (الا ان ينوى ذلك) لان فيه تشديدا (او يكون الحالف ذا سلطان) لايتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لايتزوج اولا يطلق اولا يعتق فوكل بذلك حنث) لان الوكيل فى هذا سفير ومعبر ولهذا لايضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الي الآمر لااليه (ولو قال عنيت ان لااتكلم به لم يدين في القضاء خاصة) وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى (ولو حلف لايضرب عبده اولايذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث فى يمينه) لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الي الآمر فيجعل هو مباشرا اذلاحقوق له ترجع الى المأمور (ولو قال عنيت ان لااتولى ذلك بنفسى دين في القضاء) بخلاف ماتقدم من الطلاق وغيره و وجه الفرق ان الطلاق ليس الاتكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوي التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لاقضاء اما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الي الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوي الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء (ومن حلف لايضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث فى يمينه) لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الي الآمر بخلاف الآمر بضرب العبد لان منفعة الائتمار بامره عائدة الى الآمر فيضاف الفعل اليه (ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث) لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضى اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك اولم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضى اختصاص العين به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ماتجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب

وضرب الغلام لانه لايحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين (ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء (وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار عتق) ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم ابع هذا العبد اوهذه الامة فامرأته طالق فاعتق اودبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع (واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التى حلفته في القضاء) وعن ابى يوسف رحمه الله انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به و وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لايصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لاقضاء لانه تخصيص العام والله اعلم بالصواب

باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم

قال (ومن قال وهو فى الكعبة اوفي غيرها علي المشي الي بيت الله تعالى اوالى الكعبة فعليه حجة اوعمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما) وفي القياس لايلزمه شئ لانه التزم ماليس بقربة واجبة ولامقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن على رضى الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك (ولو قال على الخروج اوالذهاب الى بيت الله تعالى فلا شئ عليه) لان التزام الحج أوالعمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشى الى الحرم او الى الصفا والمروة فلاشئ عليه) وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله على المشى الي الحرم حجة اوعمرة) ولو قال الي المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بالاتصال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولايمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا (ومن قال عبدى حران لم احج العام فقال حججت وشهد شاهد ان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق) لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج

فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لهما فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج العام غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا (ومن حلف لا يصوم فنوي الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث) لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوما اوصوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث) لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به (ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث) والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني (ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث مالم يصل ركعتين) لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء والله اعلم

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشتري قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدى عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه ان يهدى حتي تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدي اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك اومضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا (ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتي ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وان كان من ذهب حنث) لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث) لانه حلي حقيقة حتى سمى به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتي بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراشا آخر فنام لم يحنث) لان مثل الشئ لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط اوحصير لم يحنث) لانه لا يسمي جالسا على الارض بخلاف ماذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا (وان حلف لا يجلس

على

على سرير فجلس على سرير فوقه بساط اوحصير حنث) لانه يعد جالساعليه والجلوس على السرير فى العادة كذلك بخلاف ماذا جعل فوقه سريرا آخر فانه مثل الاول فقطع النسبة عنه والله اعلم بالصواب

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

(ومن قال لآخران ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحياة)لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لايتحقق فى الميت ومن يعذب في المقبر توضع فيه الحياة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لايتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس (وكذا الكلام والدخول) لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لاهو (ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد مامات يحنث) لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت (ومن حلف لايضرب امرأته فمد شعرها اوخنقها اوعضها حنث) لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لايحنث في حال الملاعبة لانه يسمي ممازحة لاضربا (ومن قال انلم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي (وان لم يعلم به لايحنث)لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسئلة الكوز علي الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح والله اعلم بالصواب

باب اليمين في تقاضى الدراهم

قال (ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو على مادون الشهر وان قال الي بعيد فهو اكثر من الشهر) لان مادونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد مالقيتك منذ شهر (ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا اونبهرجة او مستحقه لم يحنث الحالف)لان الزيافة عيب والعيب لايعدم الجنس ولهذا لوتجوز به صار مستوفيا فوجه شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق (وان وجدها رصاصا اوستوقة حنث) لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لايجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم(وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه)لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به(وان وهبها له) يعنى الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين (ومن حلف لايقبض دينه

درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا) لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به (فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث) لان المقصود منه عرفا نفى مازاد على المائة ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع اجزائها (وكذلك لو قال غيره مائة او سوي مائة) لان كل ذلك اداة الاستثناء والله اعلم بالصواب

مسائل متفرقة

(واذا حلف لايفعل كذا تركه ابدا) لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته وبفوت محل الفعل (واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة) لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية (ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر فى يمينه) خلافا لزفر رحمه الله فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضه فاقتضى الفعل من الجانبين (ومن حلف لايشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لايحنث) لانه اسم لما لاساق له ولهما ساق (ولو حلف لايشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل فى عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله اعلم بالصواب

كتاب الحدود

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لايسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه فى حق الكافر قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر

وكذا

وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الي العلم القطعى متعذر فيكتفى بالظاهر قال (فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل أوامرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان فى اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده (واذا شهدوا يسألهم الامام عن الزنا ماهو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى) لان النبى عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط فى ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه اوزني في دار الحرب اوفي المتقادم من الزمان اوكانت له شبهة لايعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود مااستطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابى حنيفة رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه فى الشهادات ان شاء الله تعالى قال فى الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لايحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات فى اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقرورده القاضى) فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبى والمجنون غير معتبر وهو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لايفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد فى الشهادة ولنا حديث ماعز رضى الله عنه فانه عليه السلام اخر الاقامة الي ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعني الستر ولابد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضى والاختلاف بان يرده القاضى كلما اقر فيذهب حيث لايراه ثم يجئ فيقر هو المروى عن ابى حنيفة رحمه الله لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال (فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ماهو وكيف هو واين زني وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ومعني السؤال عن

هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه (فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد اوفى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعى رحمه الله وهو قول ابن ابى ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف مافيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ماهو خالص حق الشرع (ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست اوقبلت) لقوله عليه السلام لماعز رضى الله عنه لعلك لمستها اوقبلتها قال فى الاصل وينبغى ان يقول له الامام لعلك تزوجتها اووطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول فى المعنى والله اعلم

فصل

فى كيفية الحد واقامته (واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة قال (ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء وقال الشافعى رحمه الله لايشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لايحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف قال (فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الرجوع وكذا اذاماتوا اوغابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط (وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه ورمي رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام في ماعز رضى الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد مارجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به (يأمر الامام بضربه بسوط لاثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا رضى الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه)

معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فليتوقاه (ويفرق الضرب على اعضائه) لان الجمع في عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لامتلف قال (الارأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذى امره بضرب الحداتق الوجه والمذا كير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلايشرع حدا وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد فى حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق (ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول على رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لايفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعي الى التغليظ (والرجل والمرأة في ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير ان المرأة لاينزع من ثيابها الاالفرو والحشو) لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا ولانه استر لها قال (وان حفر لها في الرجم جاز) لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لايضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهى مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لمارويناه (ولايحفر للرجل) لانه عليه السلام ماحفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعي رحمه الله له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه مالايملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لايسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا

يعزر الصبى وحق الشرع موضوع عنه قال (واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعى رحمه الله يخالفنا فى اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر فى الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهى حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب فى الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفهما فى الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال (ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه قال (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعى رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء والى كونه كل المذكور ولان فى التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول على رضى الله عنه كفى بالنفى فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه (الا ان يرى الامام فى ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأى فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضى الله

عنهم (واذا زني المريض وحده الرجم رجم) لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتي يبرأ) كيلا يفضى الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) كيلا يؤدى الى هلاك الولد وهو نفس محترمة (وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالي من نفاسها) اى ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الي زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يؤخر الي ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روى انه عليه السلام قال للغامدية بعد ماوضعت ارجعى حتى يستغنى ولدك ثم الحبلي تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلايفيد الحبس والله اعلم

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولاتتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وانما يسقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهى في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهى في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لاحد عليه اذا قال ظننت انها تحل لى ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد والشبهة فى المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام ثم الشبهة عند ابى حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على مايأتيك

ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها على حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة (ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها على حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضى الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها على حرام) لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الحد (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها على حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد (وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لى حد) لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا كان دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابو حنيفة رحمه الله) ولكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا

اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف مايقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة مايشبه الثابت لا نفس الثابت. لا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر (ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر) لانه منكر ليس فيه شئ مقدر (ومن اتى امرأة في الموضع المكروه اوعمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد) وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول و يروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهي على سبيل الكمال على وجه محض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولاهو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعى من احد الجانبين والداعى الي الزنا من الجانبين ومارواه محمول على السياسة اوعلى المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه (ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه وفرط الشبق ولهذا لايجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زني في دار الحرب او في دار البغى ثم خرج الينا لايقام عليه الحد) وعند الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لاتقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعري الوجوب عن الفائدة ولاتقام بعد ماخرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزي من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة (واذا دخل حربي دارنا بامان فزني بذمية اوزنى ذمي بحربية يحد الذمى والذمية عند ابي حنيفة رحمه الله ولايحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمى) يعنى اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربى بذمية لايحدان عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا (وقال ابو يوسف رحمه الله يحدون كلهم) وهوقوله الآخر لابي

يوسف رحمه الله ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه فى دارنا فى المعاملات كما ان الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه مادخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به وانما التزم من الحكم مايرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع فى الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على مانذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لايوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زني البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل الحربي المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لايخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زني المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمه الله لاتحد قال (واذا زني الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولاعليها) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله (وان زنى صحيح بمجنونة اوصغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هى محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية فى معنى المرضية اولكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم علي مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد قال (ومن اكرهه السلطان حتى زني فلا حد عليه) وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا من الرجل لايكون الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لاحد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون من غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لاطوعا كما في النائم فاورث شبهة واذا اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لايحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله انه الاكراه من غيره

لايدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لاحكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لايمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا (ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زني بفلانة وقالت هي تزوجني اواقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك) لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع (ومن زني بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جني جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لايحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد مازني بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفي لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زني بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة قال (وكل شئ صنعه الامام الذى ليس فوقه امام فلاحد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالي واقامتها اليه لا الى غيره ولايمكنه ان يقيم على نفسه لانه لايفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولى الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هي حق الله تعالي والله اعلم بالصواب

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال (واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذى هو احدي الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته أولعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لايعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتي يصح الرجوع

عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوي ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حق الله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام علي الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله حتي لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة علي ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل انه زني بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوي الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا انه زني بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال انها امرأته اوامته بل هو الظاهر (وان اقر بذلك حد) لانه لا يخفى عليه امته اوامرأته (وان شهد اثنان انه زني بفلانة فاستكرهها وآخر ان انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله) وهو قول زفر رحمه الله (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك (وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما

نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة (وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه ان يشهد كل اثنين علي الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه استحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخري بالاضطراب اولان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده (وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زني بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق (وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهى بكر دريء الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد اربعة علي رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه) لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف تثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهدوا بذلك وهم فساق اوظهر انهم فساق لم يحدوا) لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا و باعتبار قصور فى الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على أصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده (وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا) لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الي شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع تجب علي بيت المال

لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابى حنيفة رحمه الله ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى فى الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لايجب عليه الضمان فى الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولاضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع فى عين هذه الحادثة اذهم قائمون مقامهم في الامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لا يجابه (واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية) اما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعى رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله فى شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لايحد لانه ان كان الراجع قاذف حى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ مايبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء في حقه (فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد رحمه الله حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لانه لايصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقى قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شئ عليه) لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع (فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقى لارجوع من رجع على ماعرف (وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس اوعبيد فالدية

على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله) معناه اذا رجعوا عن التزكية (وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال) وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا (ولا ضمان على الشهود) لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه (واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة (واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رحمه الله يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا فلا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون) عندنا خلا

لزفر وهو فرع ماتقدم والله اعلم بالصواب

باب حد الشرب

(ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة اوجاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة) لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه (وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابى حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد) وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ماذهب ريحها والسكر لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضى الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوي دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه علي الجهال واما الاقرار فالتقادم لايبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على مامر تقريره وعندهما لايقام الحد الاعند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولااجماع الابرأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على مارويناه (فان أخذه الشهود وريحها توجد منه اوهو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد فى قولهم جميعا) لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لايتهم في مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روي ان عمر رضى الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام فى حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر اوتقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أواضطرار (فلا يحد السكران حتي يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لان السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لايوجب الحد (ولايحد حتي يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر فى الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة (يفرق على بدنه كما فى حد الزنا) على مامر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لايجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبدا فحده اربعون سوطا) لان الرق منصف علي ماعرف

(ومن اقر بشرب الخمر اوالسكر ثم رجع لم يحد) لانه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالاقرار مرة واحدة) وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذي يحد هو الذى لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) وقال العبد الضعيف (وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا هو الذى يهذى ويختلط كلامه) لانه هو السكران فى العرف واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درأ للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التميز بين شئ وشئ وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ماقالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعى رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما فى سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي ظاهر الرواية تكون ردة والله اعلم بالصواب

باب حد القذف

(واذا قذف الرجل رجلا محصنا اوامرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالي والذين يرمون المحصنات الي ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال (ويفرق على اعضائه) لما مر في حد الزنا (ولا يجرد من ثيابه) لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا (غير انه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك يمنع ايصال الالم به (وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا) لمكان الرق (والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبى والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس

بمحصن والعفة لان غير العفيف لايلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه (ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لاعن غيره (ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لايحد) لان عند الغضب يراد به حقيقته سباله وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته اباه في اسباب المروءة (ولو قال لست بابن فلان يعنى جده لم يحد) لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لايحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له ياابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف) لانه قذف محصنة بعد موتها (ولايطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متنا ولاله معني وعند الشافعى رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على مانبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله (واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد) خلافا لزفر هو يقول القذف يتنا وله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متنا ولاله صورة ومعني ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذى ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لاينافى اهلية الاستحقاق بخلاف مااذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا (وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة) لان المولي لايعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لايقاد الوالد بولده ولاالسيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع (ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعى رحمه الله لايبطل (ولو مات بعد ماقيم بعض الحد بطل الباقى) عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لايورث ولا خلاف انفيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمى حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما

لحق العبد باعتبار حاجته وغني الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ماللعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا و يصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه و يجري فيه التداخل وعنده لا يجري، وعن ابي يوسف رحمه الله فى العفو مثل قول الشافعي رحمه الله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر (ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله لانه لا مكذب له فيه (ومن قال للعربي يانبطي لم يحد) لانه يراد به التشبيه في الاخلاق اوعدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا (ومن قال لرجل ياابن ماء السماء فليس بقاذف) لانه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه (وان نسبه الي عمه اوخاله اوالى زوج امه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق واسماعيل كان عماله والثانى لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد) لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب

* وارق الى الخيرات زناء في الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة مااذا قال يازاني اوقال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازاني فقال لا بل انت فانهما يحدان) لان معناه لا بل انت زان اذهي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال فى عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معني الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان) ومعناه قالت بعد ماقال لها يازانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان

لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناى ما كان معك بعد النكاح لاني ماتمكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ماقلنا (ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن) لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صارقا ذفافيلاعن (وان نفاه ثم اقر به حد) لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الي الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان (والولدولده) في الوجهين لاقراره به سابقا اولا حقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابني ولا بابنك فلاحد ولا لعان) لانه انكر الولادة وبه لايصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها اولاد لايعرف لهم اب اوقذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلاحد عليه) لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لاأب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان (ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام امارة الزنا قال (ومن وطيء وطأ حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطيء وطأ حراما لعينه لايجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطيء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطيء في غير الملك من كل وجه اومن وجه حرام لعينه وكذا الوطيء في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رحمه الله يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه ان من قذف رجلا وطيء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية اوامرأته وهي حائض اومكاتبة له فعليه الحد) لان الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطيء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رحمه الله لان الملك زائل في حق الوطيء ولهذا يلزمه العقر بالوطيء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذهي مؤقتة (ولو قذف رجلا وطيء امته وهي اخته من الرضاعة لايحد) لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لاحد عليه) لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم (ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لاحد عليه) وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقدمر في النكاح

واذا

(واذادخل الحربى دارنا بامان فقذف مسلما حد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العبادولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه الحد(واذاحد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب وهى تعرف فى الشهادات (واذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة) لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده (فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلي المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لاتقبل شهادته لانه لاشهادة له اصلا فى حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده (فان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب مابقى جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابى يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذا لاقل تابع للاكثر والاول اصح قال (ومن قذف اوزني اوشرب غير مرة فحد فهو لذلك كله) اما الاولان فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثانى وهذا بخلاف مااذا زني وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما وقال الشافعى رحمه الله ان اختلف المقذوف اوالمقذوف به وهو الزنا لايتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

﴿ فصل في التعزير ﴾

(ومن قذف عبدا او امة اوام ولدا وكافرا بالزنا عزر) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذاقذف مسلما بغير الزنا فقال يافاسق اويا كافر اوياخبيث اوياسارق) لانه آذاه والحق الشين به ولامدخل للقياس فى الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته فى الجناية الاولى لانه من جنس مايجب به الحد وفى الثانية الرأى الي الامام (ولو قال ياحمارا و ياختزير لم يعزر) لانه ماالحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم لوحشة بذلك وان كان من العامة لايعزر وهذا أحسن والتعزير اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعزر تبليغه حدا فابوحنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف

فصرفاه اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد فى الاحرار
اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا فى رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي
هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب
بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله ان ادناه على مايراه
الامام فيقدر بقدر مايعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابى يوسف رحمه الله انه على
قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد
الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال (وان رأى الامام ان يضم الى الضرب فى التعزير
الحبس فعل) لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز
ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال
(واشد الضرب التعزير) لان جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث
الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء
قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضى الله عنهم
ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد
القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد
الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام اوعزره فمات فدمه هدر) لانه
فعل مافعل بامر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف
الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق
وقال الشافعى رحمه الله تجب الدية فى بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذا التعزير للتأديب
غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم
فى مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كأن الله اماته من غير واسطة
فلا يجب الضمان

﴿ كتاب السرقة ﴾

السرقة فى اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال
الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف فى الشريعة على ماياتيك بيانه ان
شاء الله تعالى والمعنى اللغوى مراعي فيها ابتداء وانتهاء اوابتداء لاغير كما اذا نقب الجدار
على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعنى قطع
الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطريق باعوانه وفى الصغرى مسارقة

عين المالك اومن يقوم مقامه قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم اوما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لاشبهة فيه وجب عليه القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لاتتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لايخفى فلا يتحقق ركنه ولاحكمة الزجر لانهافيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله التقدير بربع دينار وعند مالك رحمه الله بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن واقل مانقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لاقطع الا في دينار أو عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتي لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لايجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله او مايبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الي ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لاشبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (والعبد والحر في القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لايقطع الا باقرار مرتين) ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدي الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قدظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولااعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولاتفيد في الاقرار شيأ لانه لاتهمة وباب الرجوع في حق الحد لاينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لايصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر علي مورد الشرع قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغى ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال (واذ اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع

وان اصابه اقل لايقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله علم

﴿ باب مايقطع فيه ومالايقطع ﴾

(ولاقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والاصل فيه حديث عائشة رضى الله عنها قالت كانت اليد لاتقطع على عهد رسول الله عليه السلام فى الشئ التافه اي الحقير ومايوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لاتضن به فقلما يوجد اخذه على كره من الملاك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع فى سرقة مادون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا يرى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لاللاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل فى السمك المالح والطرى وفى الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لاقطع فى الطير وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجب القطع في كل شئ الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعى رحمه الله والحجة عليهما ماذكرنا قال (ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه السلام لاقطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودى وقال عليه السلام لاقطع في الطعام والمراد والله اعلم مايتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه ومافي معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيهما لقوله عليه السلام لاقطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين اوالجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال (ولا قطع فى الفاكهة علي الشجر والزرع الذي لم يحصد) لعدم الاحراز (ولاقطع فى الاشربة المطربة) لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية قال (ولا في الطنبور) لانه من المعازف (ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية) وقال الشافعى رحمه الله يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابى يوسف رحمه الله مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتاول فى اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لامالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لاللجلد والاوراق والحلية وانما هى توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على

النصاب

النصاب (ولا قطع في ابواب المسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولي لانه يحرز بباب الدار مافيها ولا يحرز بباب المسجد مافيه حتى لايجب القطع بسرقة متاعه قال (ولاالصليب من الذهب ولاالشطرنج ولا النرد) لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال لانه ماأعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان الصليب في المصلى لايقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له ولانه يتأول فى اخذه الصبي اسكاته اوحمله الي مرضعته وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع اذا كان عليه حلى هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف فى صبي لايمشى ولا يتكلم كيلا يكون فى يد نفسه (ولاقطع في سرقة العبد الكبير) لانه غصب اوخداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف رحمه الله لايقطع وان كان صغيرا لايعقل ولايتكلم استحسانا لانه آدمى من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او يعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولاقطع في الدفاتر كلها) لان المقصود مافيها وذلك ليس بمال (الا فى دفاتر الحساب) لان مافيها لايقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال (ولا فى سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فاورث شبهة (ولاقطع فى دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لان عندها لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس والصندل) لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولاتوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال (ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لانها من اعز الاموال وأنفسها لاتوجد مباح الاصل بصورتها فى دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب اوانى وابوابا قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الاترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع فى سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لايثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لايرغب في سرقته (ولاقطع على خائن ولا خائنة) لقصور

في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لاقطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن (ولا قطع على النباش) وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعى رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لاقطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لاملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجه الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول علي السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو علي الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال) لانه مال العامة وهو منهم (ولا من مال للسارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع) لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضى وعن ابى يوسف رحمه الله انه لايقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا من حقه قلنا هذا قول لايستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوي به حتى لوادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن فى موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لايقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهى بحالها لم يقطع) والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولي بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على مايعرف من بعد ان شاء الله تعالي وبالرد الي المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ماذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعري الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول قال (فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل فى كل محل واذا تبدلت انتفت

الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله اعلم بالصواب

﴿ فصل فى الحرز والاخذ منه ﴾

(ومن سرق من ابويه اوولده اوذى رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوطة فى المال وفى الدخول في الحرز والثاني للمعني الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الي مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعى رحمه الله لانه الحقهـا بالقرابة البعيدة وقد بيناه فى العتاق (ولو سرق من بيت ذى رحم محرم متاع غيره ينبغى ان لايقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من امه من الرضاعة قطع) وعن ابي يوسف رحمه الله انه لايقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعني فيها عادة وجه الظاهر انه لاقرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق احد الزوجين من الآخر أوالعبد من سيده اومن امرأة سيده اومن زوج سيدته لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز لآخر خاصـة لايسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لبسوطة بينهما فى الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له في اكسابه حقا (وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضى الله عنه درأ وتعليلا قال (والحرز على نوعين حرز لمعني فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ) قال العبد الضعيف الحرز لابد منه لان الاستسرار لايتحقق دونه ثم هوقد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقديكون بالحافظ كمن جلس في الطريق اوفي المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي المحرز بالمكان لايعتبر الاحراز بالحافظ) وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتي يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لايجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتم السرقة ولافرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا اونائما والمتاع تحته اوعنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لايضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف

مااختاره في الفتاوى قال (ومن سرق شيأ من حرزا ومن غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام اومن بيت اذن للناس في دخوله فيه) لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحافظ لان المسجد مابني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذى اذن للناس في دخوله حيث لايقطع لانه بنى للاحراز فكان المكان حرزا فلايعتبر الاحراز بالحافظ (ولاقطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه) لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لاسرقة (ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج منها ولان الدار ومافيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها عن مقصورة الي صحن الدار قطع) لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لمابينا (واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهى بناء على مسئلة تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالي(وان القاه في الطريق وخرج فاخذه قطع) وقال زفر لايقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمى حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع اوليتفرغ لقتال صاحب الدار وللفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لاسارق قال (وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه) لان سيرها مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف رحمه الله هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبري وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلوامتنع القطع

لادى الى سد باب الحد (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه واخذ شيأ لم يقطع) وعن ابي يوسف رحمه الله في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ماتقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد (وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان دخل يده فى الكم يقطع) لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفى الثانى الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ فى الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة اوالاستراحة فاشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا اوحملا لم يقطع) لانه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الحمل واخذ منه قطع) لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه اونائم عليه قطع) ومعناه اذا كان الجوالق فى موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على مااخترناه من قبل وذكر فى بعض النسخ وصاحبه نائم عليه اوحيث يكون حافظاله وهذا يؤكد ماقدمناه من القول المختار والله اعلم بالصواب

﴿ فصل فى كيفية القطع واثباته ﴾ قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعنى الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لولم يحسم يفضى الي التلف والحد زاجر لامتلف (وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله في الثالث تقطع يده اليسري وفي الرابعة

تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى فى كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول على رضى الله عنه فيه انى لاستحيي من الله تعالى ان لادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضى الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفي ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله اونحمله على السياسة (واذا كان السارق اشل اليد اليسرى اواقطع اومقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا اومشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا ان كانت ابهامه اليسرى مقطوعة اوشلاء اوالاصبعان منها سوى الابهام) لان قوام البطش بالابهام (فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة اوشلاء قطع) لان فوات الواحدة لايوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوات الاصبعين لانهما يتنزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا اوخطأ فلا شئ عليه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لاشئ عليه فى الخطا ويضمن فى العمد) وقال زفر رحمه الله يضمن فى الخطا ايضا وهو القياس والمراد بالخطا هو الخطا في الاجتهاد اما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار لايجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ فى اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولاتأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغى ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابى حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه ماهو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لوقطعه غير الحداد لايضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يمينى لايضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده عليه اى السارق ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لايضمن (ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعى رحمه الله في الاقرار لان الجناية على مال الغير لاتظهر الا بخصومته (وكذا اذا غاب عند القطع عندنا) لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود

(وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي رحمه الله بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه فلم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني) لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد مادرئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) الى الحاكم (لم يقطع) وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذلك اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب) يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن

محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله اعتبارا بالنقصان فى العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا (واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) معناه بعد ماشهد الشاهد ان بالسرقة وقال الشافعى رحمه الله لايسقط بمجرد الدعوى لانه لايعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة و تتحقق بمجرد الدعوي للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالى لم يقطعا) لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهد ان على سرقتهما قطع الآخر فى قول ابي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما) وكان يقول اولا لايقطع لانه لو حضر ربما يدعى الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لايورث الشبهة ولايعتبر توهم حدوث الشبهة على مامر (واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لايقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رحمه الله ومعنى هذا اذا كذبه المولي (ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين) وقال زفر رحمه الله لايقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لايصح لانه يرد علي نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولي والاقرار علي الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لايصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الي المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لاتهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رحمه الله في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لايصح منه الاقرار بالغصب فيبقي مال المولى ولا قطع على العبد فى سرقة مال المولى يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتي تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لاتسمع ولايثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي فى يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رحمه الله انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح

على

على ماذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح فى حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما
اذاقال الحر الثوب الذى في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان
كان لايصدق في تعيين الثوب حتى لايؤخذ من زيد ولابى حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع
قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال في حالة البقاء
تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره فيستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة
الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع امالايجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا
ولوصدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال (واذا قطع السارق والعين قائمة
في يده ردت الى صاحبها) لبقائها على ملكه (وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق
يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رحمه لله عن ابي حنيفة رحمه الله وهو
المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما
لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عمانهي
عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم اوشرب
خمر مملوكة للذمى ولنا قوله عليه السلام لاغرم على السارق بعد ماقطعت يمينه ولان وجوب
الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الي وقت الاخذ فتبين انه ورد على
ملكه فينتفى القطع للشبهة وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ولان المحل لايبقى معصوما حقا
للعبد اذ لو بقى لكان مباحا في نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولاضمان
فيه الاان العصمة لايظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولاضرورة
في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام
المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات
سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال (ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها
ولايضمن شيأ عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها) ومعنى المسئلة
اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لايضمن شيأ بالاتفاق في السرقات
كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولابد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة
من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد
حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضى فاذا استوفى
فالمستوفي كل الواجب الاترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل، على هذا الخلاف اذا
كانت النصب كلها لواحد فخاصم فى البعض والله اعلم بالصواب

باب مايحدث السارق في السرقة

(ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع) وعن ابي يوسف رحمه الله انه لايقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة ويملك المضمون وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البد لان في ملك واحد ومثله لايورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ماذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لايقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الي وقت الاخذ فصاركما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذاكان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة (وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع) لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ومن سرق ذهبا اوفضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم اودنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الي المسروق منه وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما) واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لايشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لايجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه (فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ منه الثوب ويعطى مازاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتي لواراد اخذه مصبوغا يضمن مازاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لامعني الا ترى انه غير مضمون علي السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين) يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رحمه الله زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لايقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك والله اعلم بالصواب

باب قطع الطريق

قال (واذا خرج جماعة ممتنعين اوواحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل

ان

ان يأخذوا مالا او يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم اوذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا اوماتبلغ قيمته ذلك قطع الامام أيديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهى اربعة هذه الثلاثه المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس فى الاولى فلانه المراد بالنفى المذكور لانه نفى عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها و يعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة علي الامتناع لان المحاربة لاتتحقق الابالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم اوذمى لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لوقطع الطريق على المستأمن لايجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الابتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمني والرجل اليسري كيلا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حدا حتى لوعفا الاولياء عنهم لايلتفت الى عفوهم) لانه حق الشرع (و) الرابعة (اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولايقطع) لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس يدخل فى النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهى بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا فى الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغري حدين والتداخل في الحدود لافي حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لايتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال (ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت) ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوى رحمه الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال (ولايصلب اكثر من ثلاثة ايام) لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن ابى يوسف رحمه الله انه يترك على خشبة حتى يتقطع و يسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال اخذه) اعتبارا بالسرقة الصغري وقد بيناه (فان باشر القتل احدهم اجري الحد

عليهم باجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل وان كان بعصا او بحجرا وبسيف فهو سواء) لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء) لانه لاحد فى هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ماذكرناه فيستوفيه الولي (وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان اخذ بعد ماتاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان الحد في هذه الجناية لايقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولاقطع في مثله فظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفي الولى القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه (وان كان من القطاع صبى او مجنون او ذورحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابى يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغري له ان المباشر اصل والردء تابع ولاخلل فى مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لايثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ماذكرناه فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف مااذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اماهنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء) لظهور حق العبد على ماذكرناه (فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا وفى القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لايلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لايلبث والغوث يبطئ بالليالى ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولايتحقق ذلك فى المصر وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث

الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الي المستحق ويؤدبون و يحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عندابى حنيفة رحمه الله) وهى مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصرغير مرة قتل به) لانه صار ساعيا فى الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهى الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبى عليه السلام في مغازية قال (الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه مافرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام (فان لم يقم به احدا ثم جميع الناس بتركه) لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الا ان يكون النفير عاما) فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لايتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل (وقتال الكفار واجب) وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبى) لان الصبا مظنة المرحمة (ولا عبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما فى الصلاة والصوم بخلاف ماقبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج (ويكره الجعل مادام للمسلمين فىء) لانه لايشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين (فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا) لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبى عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزى الاعزب عن ذي الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد والله أعلم بالصواب

باب كيفية القتال

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة اوحصنا دعوهم الى الاسلام) لما روي ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى عليه السلام ماقاتل قوما حتي دعاهم الى الاسلام (فان اجابو كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتي يقولوا لااله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية) بهامر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش ولانه احد مايلتهى به القتال على مانطق به النص وهذا فى حق من تقبل منه الجزية ومن لاتقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لافائدة فى دعائهم الى قبول الجزية لانه لايقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون (فان بذلوها فلهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين) لقول على رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه فى القرآن والله اعلم (ولايجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه) لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لاعلى سلب الاموال وسبى الذرارى فلعلهم يجيبون فتكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى ولاغرامة لعدم العاصم وهو الدين اوالاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة) مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبى عليه السلام اغار على ابني المصطلق وهو غارون وعهد الى اسامة رضى الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لاتكون بدعوة قال (فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه السلام فى حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به فى كل الامور (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف (وحرقوهم) لانه عليه السلام احرق البويرة قال (وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم) لان فى جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا (ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسيرا وتاجر) لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلوامتنع باعتباره لانسد بابه (وان تترسوا بصبيان المسلمين اوبالاساري لم يكفوا عن رميهم) لما بينا (ويقصدون بالرمى الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا

فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقه وما أصابوا منهم لادية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لاتقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لايمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فمبنى على اتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان قال (ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه) لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق (ويكره اخراج ذلك فى سرية لايؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لاتسافروا بالقرآن في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لابأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة فاما الشواب فقرارهن البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولايستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لابد مخرجين فبالاماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرآة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده) لما بينا (الا ان يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبغى للمسلمين ان لايغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لاتغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول (ولايقتلوا امرآة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمي) لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولايتحقق منهم ولهذا لايقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه مابينا وقد صح ان النبى عليه السلام نهي عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال (الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى في الحرب او تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة (ولا يقتلون مجنونا) لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبى والمجنون يقتلان مادامايقاتلان وغيرهما لابأس بقتله بعد الإسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح (ويكره ان يبتديء الرجل اباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالي وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فينا قضه الاطلاق في افنائه (فان ادركه امتنع عليه حتي يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من

غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لايمكنه دفعه الا بقتله لابأس به لان مقصوده الدفع الاترى انه لوشهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله اعلم بالصواب

﴿ باب الموادعة ومن يجوز امانه ﴾

(واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب أوفريقا منهم وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى مازاد عليها بخلاف مااذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأي نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم) لانه عليه السلام نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لاغدر ولابد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر قال (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف مااذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولامنعة لهم حيث لايكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لايلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى (واذا رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لايجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه فى معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر فى امرهم) لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لايجوز اخذ الجزية منهم لما نبين (ولواخذه لم يرده) لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لايفعل الامام لما فيه من

اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن (ولا ينبغى ان يباع السلاح من اهل الحرب ولايجهز اليهم) لان النبى عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض اوالانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يميز اهل مكة وهم حرب عليه

﴿ فصل ﴾ (اذا امن رجل حر اوامرأة حرة كافرا اوجماعة اواهل حصن اومدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدي الى غيره ولان سببه لايتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لايتجزأ فيتكامل كولاية الانكاح قال (الا ان يكون فى ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولايجوز امان ذمي) لانه متهم بهم وكذا لاولاية له على المسلمين قال (ولا اسير ولاتاجر يدخل عليهم) لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا اوتاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لايصح امانه لما بينا (ولايجوز امان العبد المحجور عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رحمه الله يصح) وهو قول الشافعى رحمه الله وابو يوسف رحمه الله معه فى رواية ومع ابى حنيفة رحمه الله فى رواية لمحمد رحمه الله قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له فى القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحه في حق جماعة المسلمين اذالكلام فى مثل هذه الحالة وانما لايملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل فى مجرد القول ولابي حنيفة رحمه الله انه محجور

عن القتال فلا يصح امانه لانهم لايخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لايملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لايعري عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ماذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضى به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسالتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبى وهو لايعقل لايصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق والله اعلم بالصواب

﴿ باب الغنائم وقسمتها ﴾

(واذا فتح الامام بلدة عنوة) اي قهرا (فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر (وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضى الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفى كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لايجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفى العقار خلاف الشافعى رحمه الله لان فى المن ابطال حق الغانمين اوملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ماروينا ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر مايهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال (وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام (وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين) لما بيناه (الامشركى العرب والمرتدين) على مانبين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز ان يردهم الي دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لايقتلهم لاندفاع الشر بدونه (وله أن يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد (ولايفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفادي بهم اسارى المسلمين) وهو قول الشافعي

رحمه

رحمه الله لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة
كأنه يعود حر با علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى في ايديهم
كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال
يأخذ منهم لايجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لابأس به اذا كان
بالمسلمين حاجة استدلالا باساري بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لايفادي بمسلم اسير
في ايديهم لانه لايفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه قال (ولايجوز المن
عليهم) اى على الاساري خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول من رسول الله عليه السلام على
بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر
والقسر يثبت حق الاسترقاق فيه فلايجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما
تلونا (واذا اراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها
ولايعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهي عن ذبح الشاة
الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولاغرض اصح من كسر شوكة الاعداء
ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل
الذبح لأنه منهى عنه و بخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا ومالا يحترق منها يدفن
في موضع لايطلع عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم (ولايقسم غنيمة في دار الحرب حتي
يخرجها الى دار الاسلام) وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين
لايثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من
المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود
ولامعني للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهي عن بيع الغنيمة
في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معني فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد
الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف
ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاعن اجتهاد لان حكم الملك لايثبت بدونه وقيل
الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله لاتجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم في دار الاسلام
ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلايتقاعد عن ايراث
الكراهة قال (والردء والمقاتل في العسكر سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود
الوقعة على ماعرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض اوغيره لما ذكرنا (واذا لحقهم المدد

في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعي رحمه الله بعد انقضاء القتال وهو بناء على ماممهدنا من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام فى دار الحرب او بيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد قال (لاحق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة الا ان يقاتلوا) وقال الشافعى رحمه الله فى احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدام السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا وراجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه او تأويله ان يشهدها على قصد القتال (وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة فى هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لايجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولايجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب) لانه لاملك قبلها وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وقد بينا الاصل (ومن مات من الغانمين فى دار الحرب فلاحق له فى الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لان الارث يجرى في الملك ولاملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعى رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه وقال (ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا مما وجدوه من الطعام) قال العبد الضعيف ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها فى رواية ولم يشترطها في اخرى وجه الاولى انه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولاتحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازى لايستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقى على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده فى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال

(ويستعملوا

(ويستعملوا الحطب) وفي بعض النسخ الطيب (و يدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة) لمساس الحاجة الي جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولايجوز ان يبيعوا من ذلك شيأ ولايتمولونه) لان البيع يترتب على الملك ولاملك على ماقدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولايتمولونه اشارة الي انهم لايبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لاضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الي الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولافرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع فى الفصلين وان احتاج الكل يقسم فى الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبى حيث لايقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال (ومن اسلم منهم) معناه في دار الحرب (احرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق (واولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعا (وكل مال هو فى يديه) لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه (او وديعة في يد مسلم أو ذمى) لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده (فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيْ) وقال الشافعي رحمه الله هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابى يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول رحمهم الله هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لاتثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت (وزوجته فئ) لانها كافرة حربية لاتتبعه في الاسلام (وكذا حملها فيْ) خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (واولاده الكبار فىء) لانهم كفار حربيون ولاتبعية (ومن قاتل من عبيده فيْ) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم (وما كان من ماله في يد حربى فهو فيْ) غصبا كان اوو ديعة لان يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا في يد مسلم اوذمى فهو فيْ عند ابى حنيفة وقال محمد رحمه الله لايكون فيئا) قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف فى السير الكبير وذكروا فى شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لهما ان

المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا تري انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة) معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رحمه الله مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الي المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شئ عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية القسمة

قال (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استثني الخمس (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند ابي حنيفة رحمه الله (وقالا للفارس ثلاثة اسهم) وهو قول الشافعي رحمه الله لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير ولابي حنيفة رحمه الله ماروى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه (ولا يسهم الا لفرس واحد) وقال ابو يوسف رحمه الله يسهم لفرسين لما روي ان النبي

عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيا فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن أوس
قاد فرسين فلم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لايتحقق بفرسين
دفعة واحداة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لايسهم
لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل
(والبرذين والعتاق سواء) لان الارهاب مضاف الي جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدوالله وعدو كم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب
والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون
اصبروا لين عطفا ففى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا (ومن دخل دار الحرب فارسا
فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل)
وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه فى الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة
رحمه الله في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة
وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة
وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه
ولو تعذر اوتعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال
لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة
القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو
السبب المفضى اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا
كان اوراجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق
ولو دخل فارسا ثم باع فرسه اووهب اوآجرا ورهن ففى رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة
لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه
بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه
يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته (ولايسهم لمملوك
ولاامرأة ولاصبى ولاذمي ولكن يرضخ لهم على حسب مايري الامام) لما
روي انه عليه السلام كان لايسهم للنساء والصبيان والعبيد ولكن كان يرضخ لهم ولما
استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعنى انه لم يسهم لهم ولان
الجهاد عبادة والذمى ليس من اهل العبادة والصبى والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما

فرضه والعبد لايمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولي عن الخروج الي القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمى انما يرضخ له اذا قاتل اودل علي الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد علي السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولايبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولايسوى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد (واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولايدفع الى اغنيائهم) وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبنى المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى القربي من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضى الله عنهم قسموه علي ثلاثة اسهم علي نحو ماقلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يامعشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبى عليه السلام اعطاهم للنصرة الاترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا فى الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لاقرب القرابة قال (فاما ذكر الله تعالي فى الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفى) لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولارسول بعده والصفى شئ كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع اوسيف اوجارية وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول الي الخليفة والحجة عليه ماقدمناه (وسهم ذوي القربي كانوا يستحقونه فى زمن النبي عليه السلام بالنصرة) لما روينا قال (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذى ذكره قول الكرخى وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معني الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما يحرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ماروى ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثه (واذا دخل الواحد اوالاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيأ لم يخمس)

لان

لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد
اوالاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم
نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة (فان دخلت جماعة لها منعه فاخذوا شيأ خمس وانلم يأذن
لهم الامام) لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم
اذ لوخذ لهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم
والله اعلم بالصواب

﴿ فصل في التنفيل ﴾ قال (ولا بأس بأن ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال
فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد
مارفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى ياايها النبي حرض المؤمنين على
القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لاينبغي
للامام ان ينفل بكل المأخوذلان فيه ابطال حق الكل فان فعلهمع السرية جاز لان التصرف
اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام) لان حق الغير
قد تأكد فيه بالاحراز قال (الا من الخمس) لانه لاحق للغانمين في الخمس (واذا لم يجعل
السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيذلك سواء) وقال الشافعي رحمه الله
السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا
فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص
بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم
قسمة الغنا ئم كمانطق بهالنص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك
الا ماطابت بهنفس امامك وما رواهيحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني
لما رويناه وزيادة الغناء لاتعتبر في جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ماعلى المقتول من
ثيابه وسلاحهومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا مامعه على الدابة
من ماله في حقيبته اوعلى وسطه وماعدا ذلك فليس بسلب) وما كان مع غلامه على دابة
اخري فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار
الاسلام لما مر من قبل حتى لوقال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها
لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار
الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

والله اعلم بالصواب

﴿ باب استيلاء الكفار ﴾

(واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على مانبينه ان شاء الله تعالى (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك) اعتبارا بسائر املاكهم (واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لاينتهض سببا للملك على ماعرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل (فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا) لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشتري ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذ بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلى ياخذه قبل القسمة ولاياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لاياخذه لما بينا وكذا اذا كان مشتري بمثله قدرا و وصفا قال (فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو) اما الاخذ بالثمن فلما قلنا (ولاياخذ الارش) لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لايفيد ولايحط شئ من الثمن لان الاوصاف لايقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الي الشفيع صار المشترى في يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا

والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا (وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن) لان الاسر ماورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء (واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه) لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شئ موهوبا كان اومشترى اومغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذفى زعمه انه ملكه (وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء اذلا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ماذكرنا (وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه ياخذه بالثمن ان شاء) لما بينا (فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشتري رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولي يأخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم فى كل فرد (واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق) لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى في يده عبدا ولابي حنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط

وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب (واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا اوظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار) لما روى ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولي من اعتبار يد المسلمين لانها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الي اثبات اليد ابتداء فكان اولى والله اعلم بالصواب

﴿ باب المستأمن ﴾

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشئ من اموالهم ولا من دمائهم) لانه ضمن ان لايتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم اوحبسهم اوفعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا (فان غدر بهم) اعنى التاجر (فاخذ شيأ وخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لان الحظر لغيره لايمنع انعقاد السبب على مابيناه (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادان حربي اوادان هو حربيا اوغصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولاولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن لانه ماالتزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على مابيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لماقلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) أما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولاخبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه) اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لمايقارنه من المحرم وهو نقض العهد (واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل

احدهما صاحبه عمدا اوخطأ فعلى القاتل الدية فى ماله وعليه الكفارة في الخطا) اما الكفارة فلاطلاق الكتاب واما الدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لاتبطل بعارض الدخول بالامان وانما لايجب القصاص لانه لا يمكن استيفؤه الابمنعة ولامنعة بدون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك فى دار الحرب وانما تجد الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفى الخطا لانه لاقدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه) اوقتل مسلم تاجر اسيرا (فلا شيء على القاتل الا الكفارة فى الخطا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا فى الاسيرين الدية في الخطا والعمد) لان العصمة لاتبطل بعارض الاسر كمالاتبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة و يجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رحمه الله ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة فى العمد عندنا والله اعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ قال (واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم فى دارنا سنة و يقول له الامام ان اقمت تمام السنه وضعت عليك الجزية) والاصل ان الحربى لايمكن من اقامة دائمة فى دارنا الابالاسترقاق اوالجزية لانه يصير عينالهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا وللامام ان يؤقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لايترك ان يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لاينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لايصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله فى الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه (واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية)

لانها التزمت المقام تبعا للزوج (واذا دخل حربى بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا) لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلاده فلم يكن ملتزما المقام (ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم اوذمي اودينا فى ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود) لانه ابطل امانه (وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيأ) اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يدالمودع كيده فيصير فيأ تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليه عليه بواسطةالمطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به (وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته) وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه اوعلى ورثته من بعده قال (وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا هو مثل الاراضى التى اجلوا اهلها عنها والجزية ولاخمس في ذلك وقال الشافعى رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ماروى انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما ووضع فى بيت المال ولم يخمس ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعني وفي هذا السبب واحد وهو ماذكرناه فلامعني لايجاب الخمس (واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء) اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك مافى بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لايتحقق ذلك وكذا امواله لاتصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقى الكل فيأ وعليه (وان اسلم فى دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون) تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة (وما كان من مال اودعه مسلما اوذميا فهو له) لانه في يد محترمة ويده كيده (وما سوى ذلك فيء) اما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذى فى يد الحربى فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة (واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا اوخطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة فى الخطا) وقال الشافعى رحمه الله تجب الدية في الخطا والقصاص فى العمد لانه اراق دما

معصوما

معصوما (لوجود العاصم وهو الاسلام) لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهى ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفى غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمى خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يوذن بجبر الفائت وذلك فى الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك فى النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن فى دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لاولي له اوقتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعني قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لاوارث له (وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عمد والولى معلوم وهو العامة اوالسلطان قال عليه السلام السلطان ولى من لاولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له ان يعفو) لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض والله اعلم بالصواب

باب العشر والخراج

قال (ارض العرب كلها ارض عشر وهى مابين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو مابين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان) لان النبى عليه السلام والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفىء فلا يثبت فى اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لايقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضى الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام قال (وارض

السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال (وكل ارض اسلم اهلها اوفتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر) لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج (وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج) وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج (وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر) لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر اوبماء الخراج قال (ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رحمه الله تعالى معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج) ومعناه بقربه (فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية) والبصرة عنده كلها عشرية باجماع الصحابة رضى الله عنهم لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ماقرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا أن الصحابة رضى الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها اوبعين استخرجها اوماء دجلة أو الفرات أو الانهار العظام التى لا يملكها احد فهي عشرية) وكذا ان احياها بماء السماء (وان احياها بماء الانهار التى احتفرها الاعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزدجرد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامية قال (والخراج الذي وضعه عمر رضى الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيزها شمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر رضى الله عنه فانه بعث عثمان بن حُنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ماقلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع

ا كثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال (وماسوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لانه ليس فيه توظيف عمر رضى الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لاتوظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لايزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان انا ان تقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيءٍ كان قال (فان لم تطق ماوضع عليها نقصها الامام) والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الاترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض مالاتطيق فقالا لابل حملناها ماتطيق ولوزدناها لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رحمه الله لايجوز لان عمر رضى الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة (وان غلب على ارض الخراج الماء اوانقطع الماء عنها اواصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة اويدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولايفتي به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس (ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله) لان فيه معني المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم (ويجوز ان يشترى المسلم ارض الخراج من الذمى ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخارج من ارض الخراج) وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لايجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لايجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه

يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا ايضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما (ولايتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله اعلم بالصواب

﴿ باب الجزية ﴾

(وهى على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب مايقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله عليه السلام اهل نجران على الف ومائتى حلة ولان الموجب هو التراضى فلا يجوز التعدي الى غير ماوقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على أملاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وار بعين درهما يأخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يضع على كل حالم دينارا اوما يعدل الدينار الغنى والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضى الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا اوعدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لاتجب على من لايجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ماهو بدله ومارواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امره بالاخذ من الحالمة وان كانت لايؤخذ منها الجزية قال (وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال (وعبدة الاوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه فى حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الي المسلمين ونفقته في كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبى عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن

نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ماهدي للاسلام ووقف على محاسنه فلايقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعى رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ماقلنا (واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء) لان ابا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولاجزية على امرأة ولاصبى) لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لايقتلان ولايقاتلان لعدم الاهلية قال (ولازمن ولااعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي (ولاعلى فقير غير معتمل) خلافا للشافعى له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضى الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لايوظف على ارض لاطاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل (ولاتوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد) لانه بدل عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا وعلى اعتبار الثانى لاتجب فلا تجب بالشك (ولا يؤدي عنهم مواليهم) لانهم تحملوا الزيادة بسببهم (ولاتوضع على الرهبان الذين لايخالطون الناس) كذا ذكرههنا وذكر محمد عن ابى حنيفة رحمهم الله انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذى ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لاقتل عليهم اذا كانوا لايخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل ولابد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة (ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعى رحمه الله فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذ تسمي جزية وهى والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولاتقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الالدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معني لايجاب بدل العصمة والسكنى (وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتي مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ) وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه

وهو قول الشافعي رحمه الله (وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة) اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على مابيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا و يقول أعط الجزية ياذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضى لان القتل انما يستوفي لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رحمه الله في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخري حمله بعض المشايخ رحمهم الله على المضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجري على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رحمه الله باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجئ والاصح ان الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وعند الشافعى رحمه الله في آخره اعتبارا بالزكاة ولنا ان ماوجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ماقررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فأوجبناه فى اوله والله اعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام) لقوله عليه السلام لا اخصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها (وان انهدمت البيع والكنايس القديمة اعادوها) لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة فى البيت لانه تبع للسكني وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار مايخالفها وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك في القري ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال (ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير و يؤخذ اهل الذمة باظهار

الكستيجات والركوب على السروج التي هى كهيئة الاكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلولم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لايجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعولهم بالمغفره قالوا الاحق ان لايتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فليزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التى تقدمت ويمنعون من لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية اوقتل مسلما اوسب النبى عليه السلام اوزني بمسلمة لم ينتقض عهده) لان الغاية التى ينتهى بها القتال التزام الجزية لااداؤها والالتزام باق وقال الشافعى رحمه الله سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه لوكان مسلما ينتقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذاعقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لايمنعه فالطارئ لايرفعه قال (ولاينقض العهد الاان يلتحق بدار الحرب اويغلبوا على موضع فيحاربوننا) لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذانقض الذمى العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ماحمله من ماله الاانه لو اسر يسترق بخلاف المرتد والله اعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ (ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف مايؤخذ من المسلمين من الزكاة) لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه جزية فى الحقيقة على ماقال عمر رضى الله عنه هذه جزية فسموها ماشئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولاجزية علي النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لايختص بالجزية الاترى انه لايراعى فيه شرائطها (ويوضع علي مولى التغلبى الخراج) اى الجزية (وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى) وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام ان مولي القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة

الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لايلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمى في حقه ولايلزم مولى الغني حيث لاتحرم عليه الصدقة لان الغنى من اهلها وانما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين اشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال (وماجباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه مايكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلولم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلايتفرغون للقتال (ومن مات في نصف السنة فلاشئ له من العطاء) لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والله اعلم

﴿ باب احكام المرتدين ﴾

قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الاان العرض على ماقالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال (ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والاقتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان اوعبدا فان ابي قتل) وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وعن الشافعي رحمه الله ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولايحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لايجوز تأخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لادين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولاشئ على القاتل) ومعني الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (واما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعى

رحمه الله تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال (ولكن تحبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد (وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت اوامة والامة يجبرها مولاها) اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويرى وتضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال (ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه) لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات اوقتل على ردته اولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه قال (وان مات اوقتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الي ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيأ) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله (وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد رحمهما الله كلاهما لورثته) وقال الشافعي رحمه الله كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيأ ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الي ورثته ويستند الي ما قبيل ردته اذا لردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات اوقتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب

منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابى حنيفة رحمه الله و يرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهى مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال (وان لحق بدار الحرب مرتد اوحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التى عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الي ورثته من المسلمين) وقال الشافعى رحمه الله يبقي ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضى لاحتمال العود الينا فلابد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ماذكرناها كما في الموت الحقيقى ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه فى قول محمد رحمه الله لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا الخلاف (وتقضى الديون التى لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته) قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذى وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثانى ان كسب الاسلام ملكه حتي يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولاوراث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتي يجري الارث فيهما والله اعلم قال (وما باعه اواشتراه اواعتقه اووهبه اورهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات اوقتل اولحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف و محمد يجوز ماصنع فى الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق

لانه لايفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولاملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولامساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم ومختلف في توقفه وهوما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولاخفاء فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولدله ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لايرثه فيصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابى يوسف رحمه الله تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد رحمه الله تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضى الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لاتقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربى مقهور تحت ايدينا على ماقررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية و بخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لاتقتل (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فماوجده فى يد ورثته من ماله بعينه اخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ماذا ازاله الوارث عن ملكه و بخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضى القاضى بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا (واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له فى حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهى ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة اولحق بدار الحرب) اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار فى حكم المرتد والمرتد لايرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد (واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثانى انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد

الذي اسلم) لانه لاوجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب اوقتل على ردته فالدية فى مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعا) لان العواقل لاتعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب فى الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثانى فيأ عنده (واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك اولحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية فى ماله للورثة) اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لايلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثانى وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى فاذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالي قال (فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة) وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر فى جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لامعتبر بقيام العصمة فى حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفى حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين (واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابي ان يسلم فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته وما بقى فلورثته) وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لاتتوقف بالردة فكذا اكسابه الاترى انه لايتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادني بطريق الاولى (واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء) لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها و يجبر الولد الاول

على الاسـلام ولايجبر ولد الولد وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية فى الاسـلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخري الوصية للقرابة قال (وارتداد الصبى الذى يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولايقتل واسلامه اسلام لايرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسـلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشو بها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضى الله عنه اسلم في صباه وصحح النبى عليه السـلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتي بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ماعرف والحقائق لاترد ومايتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهى من اجل المنافع وهو الحـكم الاصلى ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالى بشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمه الله لانه تعلق به اعلى المنافع على مامر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها انها موجودة حقيقة ولامرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولايقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا فى الصبى الذى يعقل ومن لايعقل من الصبيان لايصح ارتداده لان اقراره لايدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذى لايعقل والله اعلم بالصواب

﴿ باب البغاة ﴾

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهـم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبـل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به (ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتي يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعى رحمه الله لايجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لايجوز قتل المسلم الادفعا وهم مسلمون بخلاف الـكافر لان نفس الـكفر مبيح عنده ولنا ان الحـكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربمـا لايمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتي يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقـدر الامكان

والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم لامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة (فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم) دفعا لشرهم كيلا يلتحقوا بهم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رحمه الله لايجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ماذكرناه ان المعتبر دليله لاحقيقته (ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول على رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة فى هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعي رحمه الله لايجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلايجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضى الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة ففى مال الباغى اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى (ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لايحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال (وماجباه اهل البغي من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا) لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم (فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ من اخذ منه) لوصول الحق الي مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل لى مستحقه قال العبد الضعيف رحمه الله قالوا لا اعادة عليهم فى الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفى العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة وفى المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغى ثم ظهر عليهم فليس عليهم شئ) لانه لاولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب (وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغى وقال قد كنت على حق وانا الآن على حق

ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال ابو يوسف رحمه الله لايرث الباغى فى الوجهين وهو قول الشافعى رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لايضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لايجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعى رحمه الله فى القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا اومالاله انه اتلف مالا معصوما اوقتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم رواه الزهرى رحمه الله ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذ ضمت اليه المنعة فى حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لابد فيهامن الالزام او الالتزام ولاالتزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لامنعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلايكون التأويل معتبرا في حق الارث ولهما فيه ان الحاجة الي دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال (ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفى عساكرهم) لانه اعانة على المعصية (وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس) لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لابيع مالا يقاتل به الا بصنعة الاترى انه يكره بيع المعازف ولايكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب والله اعلم بالصواب

﴿ كتاب اللقيط ﴾

اللقيط سمى به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال (اللقيط حر) لان الاصل في بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب (ونفقته في بيت المال) هو المروي عن عمر وعلى رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولامال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذى لامال له ولاقرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع فى الانفاق عليه لعدم الولاية الاان يأمره القاضى به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال (فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه) لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده

(فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله) معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به) لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى (واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام ثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وان وجد في قرية من قري اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا) وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوي في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتي اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حرا) لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي) ترجيحا لما هو الانظر في حقه (وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه) كالطعام والكسوة لانه من الانفاق له (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال (ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما قال (ويجوز ان يقبض له الهبة) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام

ووصيها

ووصيها قال (ويسلمه في صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله (قال ويؤاجره) قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لايجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول أنه يرجع الي تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على مانذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

كتاب اللقطة

قال (اللقطة أمانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ماقالوا واذا كان كذلك لاتكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه و بغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لايضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى مايبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة اوا كثر لانه اسم جنس قال (فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا) قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقوله اياما معناه على حسب مايرى الامام وقدره محمد رحمه الله في الاصل بالحول عن غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيأ فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة ومافوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا ومادون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما وفوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لايطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيأ لايبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذى اصابها وفي الجامع

فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيأ يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال (فان جاء صاحبها والا تصدق بها) ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال (فان جاء صاحبها) يعنى بعد ما تصدق بها (فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة) وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافى الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر فى الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما فى الشاة (فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضى ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين (واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها) لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها) ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها) لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر فى الانفاق مدة مديدة قال رضى الله عنه وفى الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به فى الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لى

يقول

يقول القاضى له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ماحضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضى الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح قال (واذا حضر) يعنى (المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حى بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه فى يد الملتقط قبل الحبس و يسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال (ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعى يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجىء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ماروى انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا (واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل ان يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه فى اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعى الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا (ولا يتصدق باللقطة على غنى) لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعنى صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غنى فاشبه الصدقة المفروضة (وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لقوله عليه السلام فى حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه

ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فبقى ماوراء على الاصل والغنى محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف والفقير قد يتواني لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير اباه اوابنه اوزوجته وان كان هو غنيا) لما ذكرناوالله اعلم

﴿ كتاب الاباق ﴾

(الآبق اخذه افضل في حق من يقوي عليه) لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لايبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لايقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لايحبسه لانه لايؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال قال (ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه) وهذا استحسان والقياس ان لايكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعى رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الاان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب مادونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذالحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتواري والآبق يختفى ويقدر الرضخ فى الردعما دون السفر باصطلاحها او يفوض الى رأى القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذهي اقل مدة السفر قال (وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الادرهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لايجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رحمه الله ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة و ام الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لاجعل فيهما لانهما يعتقان

بالموت بخلاف القن ولوكان الراداً بالمولي اوابنه وهو في عياله اواحد الزوجين على الآخر فلاجعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولايتناولهم اطلاق الكتاب قال (وان ابق من الذي رده فلاشئ عليه) لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لاشئ له وهو صحيح ايضا لانه في معني البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شئ عليه لما قلنا قال (ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق) كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز قال (وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده) فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لورده من لم يشهد وقت الاخذ لاجعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ اواتهبه اوورثه فرده على مولاه لاجعل له لانه رده لنفسه الااذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن (وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه احيى ماليته بالرد وهى حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لايبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين اواقل منه فان كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولي ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلي الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ماحصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلاجعل له لانه هو الذى يتولى الرد فيه والله اعلم بالصواب

﴿ كتاب المفقود ﴾

(اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولايعلم احي هو ام ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) لان القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبى والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله

يستوفى حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذى اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا فى نصيب له في عقار اوعروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضى وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع مالا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لاولاية له على الغائب الا فى حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (وينفق على زوجته واولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمني من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة اودينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه اومن عليه الدين بغير امر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادي الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضى لان القاضى نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا اوكانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقى النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضي أربع سنين يفرق القاضى بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى فى الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار

أخذ المقدار ومنهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود انها امرأته حتي يأتيها البيان وقول على رضي الله عنه فيها هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت اوطلاق خرج بيانا للبيان المذكور فى المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لاتوجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول على رضي الله عنه ولامعتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاودة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال (واذاتم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لايقدر بشئ والارفق أن يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) كأنه مات فى ذلك الوقت معاينة اذالحكمي معتبر بالحقيقي (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود احدامات في حال فقده) لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لايصلح حجة في الاستحقاق (وكذلك لواوصى للمفقود ومات الموصى) ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لايحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطي أقل النصيبين ويوقف الباقى وان كان معه وارث يحجب به لايعطى أصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولايعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولاينزع من يد الاجنبى الا اذاظهرت منه خيانة) ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى

ولو كان معه وارث آخر ان كان لايسقط بحال ولايتغير بالحمل يعطى كل نصيبه

وان كان ممن يسقط بالحمل لايعطى وان كان ممن يتغير به يعطى

الاقل للتيقن به كما فى المفقود وقدشرحناه في كفاية المنتهى

بأتم من هذا والله اعلم بالصواب

واليه المرجع والمآب

﴿ تم الجزء الثانى ويليه الجزء الثالث وأوله كتاب الشركة ﴾

فهرست الجزء الثاني من كتاب الهدايه

